DIE ZULÄSSIGKEIT DER ZIVILPROZESSUALEN ZWANGSVOLLSTRECKUNG WEGEN EINER GELDFORDERUNG BEI EINEM IN EINER WOHNGEMEINSCHAFT LEBENDEN SCHULDNER

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der
Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

vorgelegt
von
Dieter Groß
aus
Aachen

Bonn ~~1984~~
1985

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546505_0019

DIE ZULÄSSIGKEIT DER ZIVILPROZESSUALEN ZWANGSVOLLSTRECKUNG WEGEN EINER GELDFORDERUNG BEI EINEM IN EINER WOHNGEMEINSCHAFT LEBENDEN SCHULDNER

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der
Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

vorgelegt
von
Dieter Groß
aus
Aachen

Bonn 1984

Dekan :	Professer	Dr. Rolf Knütel
1. Gutachter :	Professer	Dr. Hans Friedhelm Gaul
2. Gutachter :	Professer	Dr. Walter Gerhardt

Tag der mündlichen Prüfung: 5. Juni 1985

Rita, Hanna und Achim

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AcP	=	Archiv für die civilistische Praxis
DB	=	Der Betrieb
DGVZ	=	Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung
DÖV	=	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	=	Deutsche Richterzeitung
DRPfleger	=	Der Deutsche Rechtspfleger
DV	=	Die Verwaltung
DVBl	=	Deutsches Verwaltungsblatt
EuGRZ	=	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
JA	=	Juristische Arbeitsblätter
Jur Büro	=	Das juristische Büro
JR	=	Juristische Rundschau
JuS	=	Juristische Schulung
JZ	=	Juristenzeitung
MDR	=	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
Verw Arch	=	Verwaltungsarchiv
VOP	=	Verwaltungsführung, Organisation, Personalwesen
WM	=	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
ZIP	=	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZZP	=	Zeitschrift für Zivilprozeß

G L I E D E R U N G

	Seite
A. Einleitung	10
B. Problemstellung	13
C. Darstellung des Meinungsstandes in Rechtsprechung und Literatur	16
I. Rechtsprechung und Literatur, die die Zwangsvollstreckung für unzulässig halten	16
1) Rechtsprechung, die die Zwangsvollstreckung für unzulässig hält	16
2) Literatur, derzufolge die Zwangsvollstreckung unzulässig ist	19
3) Lösungsvorschläge dieser Ansicht	20
II. Rechtsprechung und Literatur, die die Zwangsvollstreckung für zulässig halten - die herrschende Ansicht -	23
1) Rechtsprechung, die die Zwangsvollstreckung für zulässig hält	23
2) Literatur, derzufolge die Zwangsvollstreckung zulässig ist	24
3) Begründung dieser Ansicht	24
a.) Einschränkung der Berechtigung des Dritten durch den Entschluß zur gemeinsamen Wohnungsnutzung	24
b.) Aus dem Rechtsstaatsprinzip resultierende Überlegungen	26
c.) Der nach § 809 ZPO zu berücksichtigende Mitgewahrsam des Mitbewohners	27
d.) Die sich andernfalls ergebende Verfassungswidrigkeit des § 739 ZPO	28
e.) § 758 ZPO als Ermächtigungsgrundlage	29
f.) Sinngemäße Anwendung der §§ 102 ff StPO	29

Seite

III. Die differenzierende Ansicht von Guntau 30

D. Kritische Würdigung dieser Lösungsansätze 32

I. Stellungnahme zu der herrschenden Ansicht, derzufolge die Zwangsvollstreckung zulässig ist 32

1) Einschränkung der Berechtigung aus Art. 13 GG durch den Entschluß zur gemeinschaftlichen Wohnungsnutzung 32

2) Rechtsgutanalyse des Art. 13 GG 36

a.) Schutzbereichsanalyse der herrschenden Ansicht 37

b.) Definition des Schutzbereichs nach J.-D. Kühne 38

c.) Stellungnahme 41

3) Möglichkeiten der Einschränkungen von Art. 13 GG 45

a.) Schutz des Gläubigers durch Art. 14 GG 45

aa) Theorie des Grundrechtsmißbrauchs 47

bb) Immanenzlehren 49

cc) Gemeinwohltheorie Dürigs 50

dd) Einheit der Verfassung 51

ee) Kompetenzproblematik 54

b.) Einschränkung durch Art. 13 II GG oder Art. 13 III GG 59

c.) Mögliche einfachgesetzliche Ermächtigungsgrundlage 66

aa) § 758 ZPO als Ermächtigungsgrundlage 66

bb) Ermächtigung infolge einer analogen Anwendung von § 739 ZPO 71

cc) Ermächtigung infolge Gewohnheitsrechts 79

4) Zusammenfassung 83

	Seite
II. Stellungnahme zu der Ansicht, die die Zwangsvollstreckung für unzulässig hält	84
1) Der nach § 809 ZPO zu berücksichtigende Mitgewahrsam des Mitbewohners	84
2) Die Zustellung des Urteils nach § 750 ZPO	86
3) Unverhältnismäßigkeit	88
4) Untersuchung der von der abweichenden Ansicht angebotenen Lösungsvorschläge	99
a.) Pawlowski	100
b.) § 867 BGB analog	102
c.) § 807 ZPO	103
5) Zusammenfassung	103
E. Zwischenergebnis	105
F. Eigener Lösungsvorschlag	108
I. § 755 ZPO als Ermächtigungsgrundlage	108
1) Herkömmliches Verständnis von § 755 ZPO	108
2) Untersuchung anhand der Methodenlehre	109
a.) Maßgebliches Auslegungsziel	110
aa) Subjektive Theorie	110
bb) Objektive Theorie	110
cc) Vermittelnde Meinungen	111
dd) Eigene Meinung	112
1. Erkenntnistheoretische Überlegungen	115
2. Systematische Überlegungen	117
3. Bedeutungs- und Funktionswandel	117
b.) Die einzelnen methodischen Gesichtspunkte	120
aa) Grammatische Auslegung	121
bb) Systematische Auslegung	122

	Seite
cc) Historische Auslegung	125
cc) Teleologische Auslegung	127
c.) Gewicht und Rangfolge der einzelnen Auslegungsmethoden	130
aa) Vorrang der normnäheren Mittel	130
bb) Abwägung nach herrschender Ansicht	131
cc) Eigene Ansicht	132
d.) Ergebnis	140
3) Untersuchung anhand des Verfassungsrechts	140
a.) Kompetenzproblematik	140
b.) Genügende Bestimmtheit von § 755 ZPO	148
c.) Verfassungswidrigkeit wegen fehlender richterlicher Anordnungsbefugnis nach Art. 13 II GG	150
4) Ergebnis	151
II. Richterliche Anordnung	151
1) Anordnung gegenüber dem Mitbewohner	151
2) Verfahren bei der Erteilung der richterlichen Anordnung	153
a.) Zustellung der Anordnung	153
b.) Namentliche Aufführung des Dritten in der Anordnung	155
3) Voraussetzungen einer richterlichen Anordnung gegenüber dem Mitbewohner	163
a.) Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen	163
b.) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	163
c.) Rechtliches Gehör	170
III. Der Rechtsbehelf des Dritten	176
1) Einfache Beschwerde nach §§ 567 ff ZPO	177
2) § 766 ZPO oder § 793 ZPO	178
G. Zusammenfassung	182
Literaturverzeichnis	187

A. E I N L E I T U N G

Seit etwa 1979 läßt sich bei den veröffentlichten Entscheidungen der Amts- und Landgerichte feststellen, daß sie sich in verstärktem Maße mit Problemen beschäftigen müssen, die daraus resultieren, daß der Schuldner der Zwangsvollstreckung eine Wohnung nicht alleine oder zusammen mit seinem Ehegatten bewohnt, sondern in einer Wohngemeinschaft im weitesten Sinne lebt (1). Diese Entwicklung läßt sich in tatsächlicher Hinsicht erklären durch gesellschaftlich gewachsene neue Wohnformen, in rechtlicher Hinsicht durch die erkannte Notwendigkeit, herkömmliche Maßstäbe der Wohnungsdurchsuchung im Zwangsvollstreckungsverfahren nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 3.4.1979 (2) neu zu überdenken.

Nach dieser Entscheidung erfordert Art 13 Abs. 2 GG auch bei der Zwangsvollstreckung gemäß § 758 ZPO - außer bei Gefahr im Verzuge - eine besondere r i c h t e r l i c h e Anordnung für die Durchsuchung der Wohnung des Schuldners zum Zwecke der Pfändung beweglicher Sachen.

---

1) Einen Überblick über verschiedene Formen des Zusammenlebens geben de Witt-Huffmann, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, Rn. 1-7: Wohngemeinschaft im weiteren Sinne bedeutet damit auch, aber nicht ausschließlich, "nichteheliche Lebensgemeinschaft", die als eine heterosexuelle Gemeinschaft zweier Personen in einer Wohnung definiert wird - vgl. auch Scholz, Nichteheliche Lebensgemeinschaft in der Rechtspraxis, S. 147.

2) BVerfGE 51, 97 = NJW 1979, 1539 = DGVZ 1979, 115.

Damit ist die bis dahin allgemein gehandhabte und nur vereinzelt angegriffene Zwangsvollstreckungspraxis, derzufolge die Richtervorschaltung im Rahmen der zivilprozessualen Zwangsvollstreckung nicht für erforderlich gehalten wurde, für verfassungswidrig erklärt worden.

Die Verunsicherung der Vollstreckungsorgane und Instanzgerichte bezüglich einer ganzen Reihe von Problemen, die durch die Verfassungsgerichtsentscheidung aufgeworfen, aber nicht gelöst worden sind (1), hat in der Literatur teilweise zu scharfem Widerspruch und dem Bemühen geführt, die Tragweite der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts soweit wie möglich einzuschränken (2). Die überwiegend negative Resonanz auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hält bis heute unvermindert an (3).

---

1) Ein Überblick findet sich bei Hemmerich, DGVZ 1982, 83; siehe auch Kleemann, DGVZ 1980, 3; Behr, DGVZ 1980, 49; Seip, DGVZ 1980, 60 (88 ff); Weimar, DGVZ 1980, 136; Ganschezian-Fink, MDR 1980, 805; Brendel, DGVZ 1982, 179; Frank, Jur Büro 1983, 801; Bischof, ZIP 1983, 522.

2) Schneider, NJW 1980, 2377; Weimar, DGVZ 1980, 136 (138); siehe aber auch Lisken, DRiZ 1979, 277; Scheld, DGVZ 1983, 65 (71); Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, § 758 ZPO, Anm. 1.

3) Siehe Scheld, DGVZ 1983, 65 (71) und die unter (1) Genannten außer Frank; vgl. aber auch Lisken, DRiZ 1979, 277; Frank, a.a.O., 801 (818) und Baur-Stürner, Zwangsvollstreckung-, Konkurs- und Vergleichsrecht, S. 10, Rn. 11, der zu Recht bemerkt: "Die Kritik an der Rechtsprechung des BVerfG kann nicht vergessen machen, daß positive Vorschläge für bessere praktikable Maßstäbe verfassungsrechtlicher Kontrolle letztlich fehlen und wahrscheinlich unmöglich sind".

Im folgenden soll untersucht werden, ob und unter welchen Voraussetzungen bei einer Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung die Wohnung des Schuldners betreten und durchsucht werden darf, wenn ein Mitbewohner widerspricht bzw. seine Zustimmung nicht erklärt (1).

1) Zur Räumungsvollstreckung vgl. unten S. 15, Fn. 1.

B. PROBLEMSTELLUNG

Will ein Gläubiger seine titulierte Geldforderung durch Pfändung und anschließende Zwangsversteigerung von beweglichen Sachen des Schuldners realisieren, wird der von ihm beauftragte Gerichtsvollzieher in nicht wenigen Fällen darauf angewiesen sein, die Wohnung des Schuldners zu durchsuchen. Weigert sich der Schuldner bzw. trifft ihn der Gerichtsvollzieher nicht an, ist der Gläubiger nach der oben genannten Verfassungsgerichtsentscheidung gehalten, eine richterliche Durchsuchungsverfügung in Analogie zu § 761 ZPO zu erwirken, wenn nicht ausnahmsweise Gefahr im Verzug vorliegt. Nur nach dem Vorliegen einer derartigen richterlichen Durchsuchungsanordnung darf der Gerichtsvollzieher gemäß § 758 ZPO die Wohnung und Behältnisse des Schuldners durchsuchen.

Wie verhält es sich aber nun, wenn der Schuldner mit einem oder mehreren Dritten in der Wohnung wohnt, die durchsucht werden soll, und ein Mitbewohner sein Einverständnis zur Durchsuchung nicht erteilt (1)? Ist

---

1) Unter dem Begriff des Dritten wird im Rahmen dieser Arbeit jeder grundrechtsmündige Mitbewohner in der Wohnung des Schuldners außer dem Ehegatten verstanden. Bei Ehegatten ist die Problematik insofern etwas anders gelagert, als bei diesen möglicherweise § 739 ZPO als Ermächtigungsgrundlage in Betracht gezogen werden kann (siehe Bischof, ZIP 1983, 522 (528) und unten S. 71). Davon abgesehen bietet sich die in dieser Arbeit aufgezeigte Lösung aber auch für die Fälle an, in denen eine Wohnung durchsucht werden muß, die der Schuldner zusammen mit seinem Ehegatten bewohnt.

ein derartiger Widerspruch des Dritten unbeachtlich, und darf der Richter daher gleichwohl eine Durchsuchungsanordnung gegen den Schuldner erlassen? Muß bzw. darf gegebenenfalls auch eine Durchsuchungsanordnung gegen den oder die Dritten erlassen werden? Die Entscheidung dieser Frage wird herkömmlicherweise insbesondere in Zusammenhang mit den Regelungen der §§ 758, 809, 750 ZPO und Art. 13 GG diskutiert.

§ 758 ZPO erlaubt lediglich die Durchsuchung der Wohnung des Schuldners. § 750 ZPO bestimmt, daß die Zwangsvollstreckung nur beginnen darf, wenn die Personen, für und gegen die sie stattfinden soll, in dem Urteil namentlich bezeichnet sind und das Urteil bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird.
§ 809 ZPO verbietet eine Pfändung von Sachen, die sich im Gewahrsam eines nicht zur Herausgabe bereiten Dritten befinden, wobei unter dem Begriff des Gewahrsams nach allgemeiner Meinung auch bloßer Mitgewahrsam zu verstehen ist (1).
Art. 13 GG schließlich garantiert die Unverletzlichkeit der Wohnung und bindet Beschränkungen an die Voraussetzungen der Absätze 2 und 3.

Von daher scheint es naheliegend zu sein, daß die vollstreckungsrechtliche Durchsuchung einer Wohnung, die auch ein Dritter bewohnt, bei dessen Widerspruch an Art. 13 GG scheitern muß, sofern sie nicht auf eine Ermächtigungsgrundlage gestützt werden kann

---

1) Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, § 809 ZPO, Anm. 1 b.

oder der Gläubiger gegenüber dem Mitbewohner einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung hat, den er gleichfalls zwangsweise durchsetzen kann (1).

Ein Ergebnis, das in der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung in der gemeinschaftlich bewohnten Wohnung bei dem Widerspruch eines Mitbewohners bestünde, wäre jedoch in vielen Fällen höchst unbefriedigend. Denn dem Gläubiger würde dann häufig überhaupt die Möglichkeit genommen, seine Forderung durchzusetzen. Nachdem er sich auf einen oft langwierigen und kostspieligen Prozeß hat einlassen müssen, stünde er im Endeffekt mit leeren Händen vor der verschlossenen Tür des Schuldners, der "glücklicherweise" in einer Wohngemeinschaft lebt. Die Zwangsvollstrekkung wäre ihrer Effektivität beraubt.

---

1) Bei einer Räumungsvollstreckung einer gemeinschaftlich bewohnten Wohnung ist die Rechtslage insofern unproblematischer, als dem Gläubiger mit § 556 III BGB und § 985 BGB eine Anspruchsgrundlage für sein Herausgabeverlangen gerade gegen den Dritten zur Verfügung steht, aufgrund derer er auch gegen diesen einen Titel erlangen k a n n. Ob er dies m u ß, ist ähnlich wie bei Ehegatten strittig; vgl. Battes, Nichteheliches Zusammenleben im Zivilrecht, Rn. 161 einerseits und Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Zivilprozeßordnung, § 885 ZPO, Anm. 1Bb andererseits.

C. DARSTELLUNG DES MEINUNGSSTANDES IN RECHTSPRECHUNG UND LITERATUR

Die bisher in Rechtsprechung und Literatur zu dem einschlägigen Themenkomplex veröffentlichten Entscheidungen und Stellungnahmen lassen jedenfalls in quantitativer Hinsicht ein deutliches Übergewicht derjenigen Stimmen erkennen, die die Zwangsvollstrekkung für zulässig erachten, obgleich der Schuldner die zu durchsuchende Wohnung nicht alleine bewohnt und der Dritte der Zwangsvollstreckung widerspricht bzw. nicht mit ihr einverstanden ist.

Die Gegenmeinung wird demgegenüber nur vereinzelt vertreten. Sie zeichnet sich jedoch dadurch aus, daß sie gewichtige und durchaus ernstzunehmende Argumente ins Feld führt, die erhebliche Bedenken an der Richtigkeit der herrschenden Meinung und Vollstreckungspraxis begründen.

I. Rechtsprechung und Literatur, die die Zwangsvollstreckung für unzulässig halten

1) Rechtsprechung, die die Zwangsvollstrekkung für unzulässig hält

In der Rechtsprechung ist die eine Zwangsvollstreckung bei der hier vorliegenden Fallkonstellation ablehnende Ansicht bislang vor allem vom Amts- und Landgericht München,

das seine Rechtsprechung allerdings zwischenzeitlich aufgegeben hat (1), in mehreren Entscheidungen vertreten worden (2).

Zur Begründung des Ergebnisses - die Zwangsvollstreckung scheitere an dem bestehenden Mitgewahrsam eines Dritten an der zu durchsuchenden Wohnung - haben sich das Amts- und Landgericht München auf folgende Argumentation gestützt:
Durch die Durchsuchungen würden zwangsläufig die Mitbewohner betroffen, so daß im Ergebnis auch gegen sie Zwangsvollstreckungsmaßnahmen durchgeführt würden. Nach § 750 ZPO dürfe jedoch nur gegen den im Titel bezeichneten Schuldner vollstreckt werden (3).

Des weiteren scheitere eine Durchsuchung an § 809 ZPO. Bei bestehendem Mitgewahrsam, der nach allgemeiner Meinung für die Anwendbarkeit von § 809 ZPO ausreichend sei, sei eine Pfändung nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Dritten möglich. In den Fällen des § 809 ZPO sei § 758 ZPO nicht anwendbar (4).

Nach der Vorschrift des § 758 ZPO dürfe nur die Wohnung "des Schuldners" durchsucht werden. Das Betreten der Räume eines unbetei-

---

1) LG München, DGVZ 1984, 117.

2) AG München, DGVZ 1979, 156; AG München und LG München, DGVZ 1981, 117; AG München und LG München, DGVZ 1982, 125; siehe auch Hess. VGH 1973, 44 (45); AG Offenbach, DGVZ 1976, 92; AG Essen, DGVZ 1982, 158.

3) AG München, DGVZ 1981, 117 (118); AG München, DGVZ 1982, 125.

4) AG München, DGVZ 1981, 117 (119); siehe auch LG Berlin, MDR 1975, 939; AG Essen, MDR 1982, 158; AG Offenbach, DGVZ 1976, 92; AG München, DGVZ 1982, 125 (126).

ligten Dritten sei ebensowenig ohne Zustimmung des Dritten möglich wie das Betreten der Wohnung zur Feststellung, ob der Schuldner an den Räumen Alleingewahrsam habe (1).

Daher fehle es für die seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 3.4.1979 erforderliche Durchsuchungsanordnung an einer gesetzlichen Grundlage (2).

Ein Verzicht des Dritten, der mit dem Schuldner zusammen eine Wohnung bewohnt, auf den Schutz des Art. 13 GG (3) könne nicht unterstellt werden.

Angesichts des hohen verfassungsrechtlichen Ranges des Schutzes der Wohnung könne § 758 ZPO auch nicht extensiv dahingehend ausgelegt werden, daß er die Rechtsgrundlage für den Eingriff in das Wohnrecht eines unbeteiligten Dritten enthalte (4).

Schließlich verstoße die Durchsuchung einer Wohnung, die nicht im Alleingewahrsam eines Schuldners stehe, auch gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (5), da die Durchsuchung der Wohnung eines Dritten stets unverhältnismäßig sei (6).

---

1) AG München, DGVZ 1982, 125 (126).
2) LG München, DGVZ 1982, 126; AG München, DGVZ 1982, 125.
3) LG München, DGVZ 1982, 127; AG Essen, DGVZ 1982, 158.
4) AG München, DGVZ 1982, 125 (126).
5) AG München, DGVZ 1979, 156 (157); AG München, DGVZ 1981, 117 (118).
6) AG München, DGVZ 1981, 117 (118).

2) Literatur, derzufolge die Zwangsvollstrekkung unzulässig ist

In der Literatur spricht sich bislang, soweit ersichtlich, nur Pawlowski gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in Räumen aus, die neben dem Schuldner ein in die Zwangsvollstreckung nicht einwilligender Dritter mitbesitzt (1).

Der Gerichtsvollzieher dürfe gegenüber einem Bürger nur aufgrund eines zuvor zugestellten Titels vorgehen, gegen den der Dritte sich habe verteidigen können.

Auf diese Rechtsstellung verzichte auch derjenige nicht, der mit einem anderen zusammen eine Wohnung beziehe. Damit verliere er zwar das Recht, dem Mitbewohner den Zugang zur Wohnung zu verwehren; er behalte aber die Befugnis, jeden anderen am Betreten der Wohnung zu hindern, da eine Einwilligung zum Betreten der Wohnung nur von allen Mitbewohnern gemeinsam erteilt werden könne (2).

Bedenken bezüglich eines anderen Ergebnisses seien auch aus dem Rechtsstaatsprinzip herleitbar. Denn im öffentlichen Recht gehe man davon aus, daß die Anwendung hoheitlichen

---

1) Pawlowski, NJW 1981, 670; ders., DGVZ 1976, 33 ff; in die gleiche Richtung zielt auch Kottmann, DÖV 1980, 899 (902): "Nimmt man den Grundrechtsschutz ernst, so wird man für eine Vollstreckung bei Mitgewahrsam Dritter an der Wohnung auch deren Einverständnis verlangen müssen".

2) Pawlowski, a.a.O., 670.

Zwangs gegenüber Bürgern nur aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung zulässig sei. In den §§ 750, 758 und 809 ZPO finde sich lediglich die Befugnis, gegen den in dem Titel bezeichneten Schuldner zwangsweise vorzugehen. Es sei nicht ersichtlich, daß diese Ermächtigung etwa durch die Pfändung von Sachen erweitert würde (1).

3) Lösungsvorschläge dieser Ansicht

Während diejenige Meinungsgruppe, die eine Zwangsvollstreckung für zulässig hält, mit den Erfordernissen der Praxis in Einklang steht, sind die Vertreter der gegenteiligen Ansicht bemüht, die zugestandenermaßen negativ zu bewertenden Konsequenzen (2) ihrer Ansicht und die Erschwernisse für die Vollstrekkungspraxis durch das Aufzeigen von rechtsstaatlichen Lösungsalternativen in Grenzen zu halten.

Das Amtsgericht München meint, der Gläubiger habe durch einen entsprechenden Vermerk in dem Gerichtsvollzieherprotokoll bzw. durch den die Durchsuchung ablehnenden Beschluß den Nachweis der Erfolglosigkeit der Pfändung im Sinne des § 807 ZPO erbracht, so daß insoweit einem Offenbarungsversicherungsverfahren nichts entgegenstehe (3).

Pawlowski verweist den Gläubiger auf die Möglichkeit, die Mitberechtigung des Schuldners zu pfänden und sich überweisen zu lassen (4).

---

1) Vgl. Pawlowski, DGVZ 1976, 33 (34).

2) Ders., NJW 1981, 670.

3) AG München, DGVZ 1981, 117 (119);
AG München, DGVZ 1982, 125 (126).

4) Pawlowski, NJW 1981, 670.

Nach einer derartigen Pfändung und Überweisung stünde dem Gläubiger oder dem Gerichtsvollzieher dann das Recht zu, anstelle des Schuldners die Wohnung zu betreten (1). Allerdings müsse bei einem Widerspruch des Dritten, des Mitbewohners also, nach der Pfändung und Überweisung der Mitberechtigung noch eine gerichtliche Vollstreckungsanordnung erwirkt werden (2).

Der Gerichtsvollzieher dürfe hernach die in der Wohnung vorgefundenen Sachen des Schuldners pfänden. Aus der Wohnung entfernen dürfe er die Sachen des Schuldners jedoch nicht, wenn der Dritte widerspreche. Denn hiergegen könne sich der Dritte als Mitbesitzer wehren, da § 866 BGB bei völligem Besitzverlust Besitzschutz gebe (3). Für die Verwertung der Sachen benötige der Gläubiger daher einen weiteren Titel gegen die übrigen Mitglieder, "meist einen Duldungstitel" (4).

Von Röhl (5) ist im Anschluß an Wieczorek (6) in anderem Zusammenhang der Vorschlag unterbreitet worden, die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung auf eine Pfändung und Überweisung des Schuldneranspruchs aus § 867 BGB analog zu stützen.

§ 867 S. 1 BGB lautet: "Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz

---

1) Pawlowski, DGVZ 1976, 33 (39).
2) Ders., NJW 1981, 670.
3) Ders., DGVZ 1976, 33 (39).
4) Ders., DGVZ 1976, 33 (39).
5) Röhl, Der Gewahrsam in der Zwangsvollstreckung, S. 46.
6) Wieczorek-Schütze, Großkommentar zur ZPO und zum GVG, § 808 ZPO, Anm. B II a.

eines anderen befindliches Grundstück gelangt, so hat ihm der Besitzer des Grundstücks die Aufsuchung und die Wegschaffung zu gestatten, sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist".

Nach Röhl ist der Gläubiger auf die Pfändung dieses Wegnahmeanspruchs zu verweisen, wenn nicht schon der Zugang faktisch für jedermann offensteht, was beispielsweise dann der Fall sein soll, wenn dieser bei einem Mit- oder Untermieter mitvermietet ist (1). Im letzteren Falle soll der Gerichtsvollzieher wie ein ortsüblicher Besucher anzusehen sein, der Hausflur, Wohnungsflur und unter Umständen auch ein Zimmer des Vermieters durchschreiten darf, wenn dieses den Zugang zu dem Zimmer des Untermieters bildet. Nach Röhl ist der Vermieter zwar im Einverständnis mit dem Mieter berechtigt, anderen Besuchern den Zugang zur Mietwohnung zu sperren; gegenüber dem Gerichtsvollzieher werde aber ein dahin zielender Wille des Mieters durch den Titel überwunden (2).

---

1) Röhl, Der Gewahrsam in der Zwangsvollstreckung, S.43;
anderer Ansicht aber Wieczorek-Schütze, Großkommentar zur ZPO und zum GVG, § 808 ZPO, Anm. B II a: auch hier sei der Anspruch des Schuldners aus § 867 BGB zu pfänden und zu überweisen.

2) Röhl, a.a.O., S. 43.

II. Rechtsprechung und Literatur, die die Zwangsvollstreckung für zulässig halten -die herrschende Meinung-

1) Rechtsprechung, die die Zwangsvollstrekkung für zulässig hält

Der weit überwiegende Teil der bisher veröffentlichten Rechtsprechung hält die Zwangsvollstreckung auch dann für zulässig, wenn der Schuldner eine Wohnung nicht alleine, sondern mit anderen Personen zusammen bewohnt (1).

---

1) BFH, DB 1980, 1426 (1428);
OLG Stuttgart, DRPfleger 1981, 152; OVG Lüneburg, NJW 1984, 1369 (für den mit § 758 ZPO im wesentlichen inhaltsgleichen § 252 des allgemeinen Verwaltungsgesetzes für das Land Schleswig-Holstein vom 19.3.1979);
LG Wiesbaden, DGVZ 1981, 61; LG Lübeck, DGVZ 1981, 25; LG Koblenz, DGVZ 1982, 90; LG Hannover, DGVZ 1983, 23; LG Oldenburg, DGVZ 1983, 58; LG München, DGVZ 1984, 117; LG Hamburg, NJW 1985, 74;
AG Köln, DGVZ 1968, 95; AG Tübingen, DGVZ 1973, 141 (143); AG Opladen, DGVZ 1975, 127; AG Hamburg, DGVZ 1977, 12; AG Hamm, DGVZ 1977, 27; AG Ludwigshafen, DGVZ 1978, 62; AG München, DGVZ 1980, 63; AG München, DGVZ 1981, 126; AG Stuttgart, NJW 1982, 389; AG Berlin-Charlottenburg, DGVZ 1982, 189.

2) Literatur, derzufolge die Zwangsvollstreckung zulässig ist

Gleiches gilt für die Literatur (1).

3) Begründungen dieser Ansicht

Zur Begründung wird ausgeführt:

a.) Einschränkung der Berechtigung des Dritten durch den Entschluß zur gemeinsamen Wohnungsnutzung

Zur Begründung wird angeführt, daß der Entschluß der Mitbewohner zu einer gemeinsamen Nutzung der Wohnung eine Einschränkung der eigenen Berechtigung mit sich bringe. Das Grundrecht des Dritten aus Art. 13 GG sei insofern eingeschränkt (2).

---

1) Lippross, Vollstreckungsrecht, S. 51; Baur-Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, S. 57, Rn. 92; Kleemann, DGVZ 1980, 6; Schneider, NJW 1980, 2377 (2380); Hemmerich, DGVZ 1982, 83 (88 ff); Mümmler, Jur Büro 1983, 1097; Frank, Jur Büro 1983, 802 (816); Bischof, ZIP 1983, 522 (528); de Witt-Huffmann, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, Rn. 128; Stein-Jonas-Münzberg, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, § 758 ZPO, Anm. II; Zöller-Scherübl, Zivilprozeßordnung, § 758 ZPO, Anm. III 5; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Zivilprozeßordnung, § 758 ZPO, Anm. 3 Aa; Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, § 758 ZPO, Anm. 2; v. Münch-Pappermann, Grundgesetz, Art. 13 GG, Rn. 25.

2) OVG Lüneburg, NJW 1984, 1369 (1370); LG Lübeck, DGVZ 1981, 25 (26); LG Koblenz, DGVZ 1982, 90; AG Stuttgart, NJW 1982, 389.
Anm. der Schriftleitung zu AG München, Beschluß vom 18.7.1979, in DGVZ 1979, 158 f; Kleemann, DGVZ 1980, 6; Behr, DGVZ 1980, 49 (52, Rn. 28); Schneider, NJW 1980, 2377 (2381); Bischof, ZIP 1983, 522 (528).

Im gleichen Maße wie der Dritte Besuchern eines Mitbewohners das Haus nicht verbieten könne, müsse er auch die hoheitlichen Eingriffe hinnehmen, die sich daraus ergäben, daß er einen Mitbewohner bei sich aufgenommen habe (1).

Der von außen kommende Eingriff in Rechte eines Mitbewohners löse keine Ausdehnung der Rechte anderer Mitbewohner aus, durch die der Eingriff zurückgedrängt werden könne; lediglich die Rechte des Betroffenen würden durch die Durchsuchungsanordnung zeitweise überlagert (2). Der richterlich gestattete Eingriff in die fremde Rechtssphäre berühre die anderen Personen nicht; sie seien insoweit Unbeteiligte, die rechtlich weder zustimmen noch widersprechen könnten (3). Die Befugnis des Gerichtsvollziehers ende erst, wenn es um Räume gehe, an denen ausschließlich ein Dritter berechtigt sei (4). Der Gerichtsvollzieher sei berechtigt, überall dahin dem Schuldner zu folgen, wo dieser Zutritt habe (5). Die Richtigkeit dieser Ansicht ergebe sich auch aus dem in § 123 StGB normierten Schutzgehalt. Während durch Art. 13 GG die Privatsphäre vor hoheitlichen Eingriffen geschützt werde, ergänze § 123 StGB diesen Schutz gegenüber

---

1) LG Koblenz, DGVZ 1982, 90; LG Hannover, DGVZ 1983, 23 (24); AG Stuttgart, DGVZ 1981, 173 (174 a.E.).

2) Kleemann, DGVZ 1980, 3 (6).

3) OVG Lüneburg, NJW 1984, 1369 (1370); LG Lübeck, DGVZ 1981, 25 (26); LG Koblenz, DGVZ 1982, 90; LG Hamburg, NJW 1985, 73; Schneider, NJW 1980, 2377 (2381).

4) Schneider, NJW 1980, 2377 (2381).

5) AG Hannover, DGVZ 1977, 27; Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, § 758 ZPO, Anm. 3.

Eingriffen von Privatpersonen (1). In der strafrechtlichen Literatur sei anerkannt, daß weder der Hauptmieter gegenüber seinem Untermieter noch ein Mitbewohner gegenüber einem anderen Mitbewohner dessen Besuchern wirksam das Haus verbieten könne, solange deren Besuch im Einzelfall nicht ausnahmsweise unzumutbar sei (2).

b.) Aus dem Rechtsstaatsprinzip resultierende Überlegungen

Zur Begründung wird des weiteren ausgeführt, daß ein anderes Ergebnis dem Rechtsstaatsprinzip widerspreche (3). Dieses gebiete, daß dem Gläubiger, der sich ohnedies zuvor auf ein oft langwieriges und kostspieliges Prozeßverfahren habe einlassen müssen, auch eine reale Möglichkeit geboten werde, den ihm zuerkannten Anspruch durchsetzen zu können.

Eine Rechtslage, die dem Gläubiger diese Möglichkeit weitgehend nehme, müsse das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der Justiz bedenklich untergraben (4).

Bei Zugrundelegung der Gegenmeinung könne der Gläubiger im Ergebnis überhaupt nicht mehr vollstrecken. Der Widerspruch des Dritten wäre unüberwindlich (5). Der Gläubiger

---

1) AG Stuttgart, DGVZ 1981, 173 (174).
2) AG Stuttgart, DGVZ 1981, 173 (174).
3) AG München, DGVZ 1980, 63.
4) AG München, DGVZ 1980, 63.
5) LG Lübeck, DGVZ 1981, 25 (26); AG Stuttgart, DGVZ 1981, 173; Schneider, NJW 1980, 2377 (2381); Bischof, ZIP 1983, 522 (528).

wäre letztlich rechtlos gestellt. Dem arglistigen Zusammenwirken von Schuldner und Drittem könne der Gläubiger nicht entgegenwirken. Dies führe zu einem unerträglichen Ergebnis (1).

Der Schuldner könnte sich bei Zugrundelegung der Gegenmeinung mit Leichtigkeit ein Asyl schaffen, indem er nur ein zweites Türschild mit einem anderen Namen anzubringen brauche oder eine zweite Person in seine Wohnung aufnähme (2). Das Interesse des Dritten an der Unverletzlichkeit seiner Wohnung könne nicht den absoluten Vorrang beanspruchen, wenn er seine Räume mit einem anderen teile, gegen den sich zulässigerweise eine Zwangsvollstreckung richte (3). Der Dritte habe aus Art. 13 GG keinen Anspruch darauf, daß seine grundrechtlich geschützte Freiheit so weit gehe, daß sie zur Unfreiheit eines anderen, nämlich zur Eigentumsgefährdung des Gläubigers, führe (4).

c.) Der nach § 809 ZPO zu berücksichtigende Mitgewahrsam des Mitbewohners

Nach der herrschenden Meinung steht § 809 ZPO einer Zwangsvollstreckung in der gemeinschaftlich genutzten Wohnung nicht entgegen. Der Gerichtsvollzieher sei nur daran gehindert, im Allein- oder Mitgewahrsam

---

1) LG Wiesbaden, DGVZ 1981, 60 (61); Frank, Jur Büro 1983, 801 (816).

2) AG Hannover, DGVZ 1977, 27; Anm. der Schriftleitung in DGVZ 1981, 120.

3) AG München, DGVZ 1980, 63.

4) Hemmerich, DGVZ 1982, 83 (90); Frank, Jur Büro 1983, 801 (816).

dritter Personen stehende Sachen zu pfänden und wegzunehmen; hingegen sei es ihm nicht verwehrt, Räume zu betreten, in denen der Schuldner zusammen mit Dritten wohne (1). § 809 ZPO sei im Zusammenhang mit § 847 ZPO zu sehen. Um den Herausgabeanspruch realisieren zu können, müsse der Gerichtsvollzieher feststellen, welche pfändbaren Gegenstände dem Schuldner gehörten. § 809 ZPO verbiete dies nicht (2). Der Schuldner könne auch an Sachen Gewahrsam haben, die sich in den Räumen von Dritten befänden (3).

d.) Die sich andernfalls ergebende Verfassungswidrigkeit des § 739 ZPO

Als weiteres Argument für die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung wird geltend gemacht, daß die abweichende Ansicht, derzufolge die Zwangsvollstreckung in der gemeinschaftlich genutzten Wohnung unzulässig sei, im übrigen auch zur Verfassungswidrigkeit des § 739 ZPO führe (4). Wenn nämlich der Mitgewahrsam des Dritten nach Art. 13 GG geschützt sei, wären nichtverheiratete Partner gegenüber verheirateten Partnern privilegiert.

Gegenüber den letzteren greife § 739 ZPO ein, gegenüber verheirateten Partnern gerade

---

1) OVG Lüneburg, NJW 1984, 1369 (1370); LG Wiesbaden, DGVZ 1981, 60 (61); AG Tübingen, DGVZ 1973, 141 (142).

2) LG Koblenz, DGVZ 1982, 90; LG Wiesbaden, DGVZ 1981, 60 (61); AG Berlin-Charlottenburg, DGVZ 1982, 189 (190).

3) LG Oldenburg, DGVZ 1983, 58.

4) LG Hannover, DGVZ 1983, 23 (24); AG Stuttgart, DGVZ 1981, 173 (174); Frank, Jur Büro 1983, 801 (816).

nicht. Das Grundgesetz sehe aber keine Einschränkung von Grundrechten speziell für Ehegatten vor (1), sondern unterstelle Ehe und Familie gerade seinem besonderen Schutz.

e.) § 758 ZPO als Ermächtigungsgrundlage

Neben diesen schon seit geraumer Zeit vorgebrachten Argumenten wird neuerdings vereinzelt auch auf die Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage für den Eingriff in das Wohnrecht des Dritten hingewiesen. Als solche wird § 758 ZPO angesehen (2). Dies wird damit begründet, daß es sich auch dann um Räume und Behältnisse des S c h u l d n e r s handele, wenn er oder sein Besitzdiener sie gemeinsam mit Dritten, etwa Arbeitskollegen oder Familienangehörigen, bewohne oder besitze (3).

f.) Sinngemäße Anwendung der §§ 102 ff StPO

Schließlich wird das Ergebnis der herrschenden Meinung auch auf eine Parallelwertung

---

1) LG Hannover, DGVZ 1983, 23 (24).

2) OLG Stuttgart, DRPfleger 1981, 152; OVG Lüneburg, NJW 1984, 1369 (1370); Baur-Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Rn. 92, S. 57; Stein-Jonas-Münzberg, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, § 758 ZPO, Rn. 4; siehe auch LG Stuttgart, MDR 1969, 675 zum. sog. Verfolgungsrecht des Gerichtsvollziehers (676): Der Gerichtsvollzieher dürfe aufgrund einer verfassungskonformen Auslegung des § 758 ZPO sogar in den Räumen des Nachmieters vollstrecken.

3) OLG Stuttgart, DRPfleger 1981, 152; AG Ludwigshafen, DGVZ 1978, 62 ; Stein-Jonas-Münzberg, a.a.O., § 758 ZPO, Rn. 3.

zum Strafprozeßrecht gestützt. Auch dort könne sich ein Dritter nicht gegen die Maßnahme der Durchsuchung und Beschlagnahme wehren, weil ohne sie gegebenenfalls die Durchsetzung des Rechts nicht möglich sei (1). Es sei nicht einzusehen, daß an eine vollstreckungsrechtliche Durchsuchung höhere Anforderungen zu stellen seien als an eine strafrechtliche (2). In der strafprozessualen Literatur werde, ohne daß sich eine Gegenstimme erhebe, ausdrücklich darauf hingewiesen, daß lediglich eine Durchsuchung nach § 102 StPO erfolgen müsse und nicht nach § 103 StPO, auch wenn Mitgewahrsam mehrerer Personen an einer Wohnung vorliege (3).

III. Die differenzierende Ansicht von Guntau

Eine differenzierende Lösung vertritt Guntau (4). Ihm zufolge ist der Gläubiger zunächst verpflichtet, soweit wie möglich auf außerhalb der Wohnung gelegene Vermögensobjekte des Schuldners zurückzugreifen, um einen andernfalls notwendigen Grundrechtseingriff zu Lasten eines Mitbewohners zu vermeiden. Zur Duldung der Durchsuchung in der gemeinschaftlich bewohnten Wohnung sei der Dritte aber dann verpflichtet, wenn sich ansonsten ergäbe, daß der Gläubiger rechtlos gestellt werde (5).

---

1) Stein-Jonas-Münzberg, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, § 758 ZPO, Rn. 3.

2) AG Köln, DGVZ 1968, 95.

3) AG Stuttgart, DGVZ 1981, 173 (174).

4) Guntau, DGVZ 1982, 17.

5) Ders., a.a.O., 17 (22).

Dieses Ergebnis gewinnt Guntau aus einer Rechtsgüterabwägung zwischen den verschiedenen Grundrechtsinteressen des Mitbewohners und des Gläubigers. Auf der einen Seite stehe das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung, auf der anderen Seite das nach Art. 14 GG geschützte Gläubigerrecht des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers (1). Der Staat habe dabei die Verpflichtung, diesen Konflikt so zu lösen, daß die Freiheitsräume beider Beteiligten in höchstmöglichem Maße realisiert werden können. Deshalb habe er auch einen effektiven Eigentumsschutz des Gläubigers zu garantieren (2).

---

1) Guntau, DGVZ 1982, 17 (22).

2) Ders., a.a.O., 17 (21).

D. KRITISCHE WÜRDIGUNG DIESER LÖSUNGSANSÄTZE

I. Stellungnahme zu der herrschenden Ansicht, derzufolge die Zwangsvollstreckung zulässig ist

Die Auffassung, derzufolge die Zwangsvollstreckung auch dann möglich ist, wenn der Schuldner die Wohnung, in der vollstreckt werden soll, mit einem Dritten zusammen bewohnt, ist zwar hinsichtlich des Ergebnisses befriedigend, ihre Begründung vermag jedoch nicht zu überzeugen.

1) Einschränkung der Berechtigung aus Art. 13 GG durch den Entschluß zur gemeinschaftlichen Wohnungsnutzung

Das von der herrschenden Meinung am häufigsten angeführte Argument lautet, durch den Entschluß zur gemeinschaftlichen Wohnungsnutzung werde auch die Berechtigung aus Art. 13 GG eingeschränkt.

Dieses Ergebnis wird teilweise durch das Zurückgreifen auf ähnlich gelagerte Problemstellungen im straf-, zivil- und öffentlichrechtlichen Bereich gestützt.

Im Strafrecht ist es beispielsweise anerkannt, daß der Besucher eines Ehegatten sich grundsätzlich nicht nach § 123 StGB wegen Hausfriedensbruchs strafbar macht, wenn er

die gemeinsam genutzte eheliche Wohnung gegen den Willen des anderen Ehegatten betritt, solange dies dem widersprechenden Ehegatten nicht ausnahmsweise unzumutbar ist (1). Entsprechendes muß auch für Wohngemeinschaften gelten (2).

Fraglich ist aber, ob die Reichweite einer Strafrechtsbestimmung (§ 123 StGB), zumal wenn sie weniger durch den Gesetzeswortlaut als vielmehr durch die von Rechtsprechung und Literatur vorgenommene Interpretation bestimmt ist, Rückschlüsse auf den Schutzbereich eines Grundrechts zuläßt.

Dem steht zum einen der sogenannte fragmentarische Charakter des Strafrechts entgegen, wonach bewußt in Kauf genommen wird, daß nicht jeder Verstoß gegen Normen der Moral, Sitte oder auch des Rechts mit einer Strafrechtsandrohung bewehrt ist. Daraus ergibt sich, daß man aus der Tatsache der Nichtstrafbarkeit eines bestimmten Verhaltens keine Rückschlüsse auf die Reichweite anderer Rechtsnormen ziehen kann.

Zum anderen ist auch der Grundsatz zu berücksichtigen, daß der Schutzbereich eines Grundrechts nicht durch Regeln der einfachgesetzlichen Ebene bestimmt werden darf. Denn andernfalls würde dem verschieden hohen

---

1) Vgl. Dreher-Tröndle, Strafgesetzbuch, § 123 StGB, Rn. 2 m.w.N.; Schönke-Schröder-Lenkner, Strafgesetzbuch, § 123 StGB, Rn. 17 f; Schäfer, Leipziger Kommentar, § 123 StGB, Rn. 57 m.w.N..

2) Schäfer, a.a.O., Rn. 58.

Rang eines Grundrechts und einer Strafrechtsvorschrift im Normgefüge, der sogenannten Normhierarchie, nicht Rechnung getragen. Es ist mit gutem Grund nicht Sache des einfachen Gesetzgebers, Inhalt und Tragweite eines Grundrechts zu bestimmen. Dies ist vielmehr ausschließlich Sache des Verfassungsgebers, der im demokratischen Rechtsstaat des Grundgesetzes zur Verfassungsänderung auf das besondere Verfahren nach Art. 79 GG und auf eine qualifizierte 2/3 Mehrheit im Bundestag und Bundesrat angewiesen ist. Rückschlüsse aus dem strafrechtlichen Bereich sind daher nicht geeignet, eine Einschränkung der Rechtsposition aus Art. 13 GG zu begründen.

Wenn man die Problematik der Zwangsvollstreckung bei in Wohngemeinschaft lebenden Schuldnern mit ähnlichen Fallgestaltungen aus dem zivilrechtlichen Bereich vergleicht, also das Verhältnis der Mitbewohner untereinander in Bezug setzt zu den Außenkontakten der einzelnen Mitglieder, und das Erfordernis der Zustimmung der anderen Mitbewohner untersucht, wird man zu ähnlichen Ergebnissen kommen wie bei den strafrechtlichen Beispielsfällen. So kann zwar ein Mitbewohner den Zutritt der Besucher eines anderen Mitbewohners letztlich nicht verhindern, soweit ihm dieser nicht im Einzelfall unzumutbar sein sollte. Dieses Ergebnis ist indessen herzuleiten aus der der gemeinsamen Wohnungsnutzung zugrundeliegenden Abrede, also aus dem Innenverhältnis.

Ein irgendwie gearteter "Anspruch" des Besuchers als Dritter besteht hingegen nicht. Der Streit der Mitbewohner untereinander

muß im Konfliktfall, d.h. wenn ein Mitbewohner den Zutritt des Besuchers verwehrt, vor den Gerichten ausgetragen und von diesen entschieden werden. Possessorische Befugnisse stehen den Mitbewohnern untereinander nicht zu, da es lediglich um die Grenzen, nicht aber um den völligen Entzug des Mitbesitzes an der Wohnung geht (1).

Aus dem Vorstehenden folgt, daß es, auch wenn man zivilrechtliche Aspekte zugrunde legt, verfehlt ist, ohne weiteres ein Betretungsrecht eines Dritten gegen den Willen eines Mitbewohners aus dem Entschluß zur gemeinsamen Nutzung der Wohnung herleiten zu wollen.

Um so zweifelhafter ist es aber, aus der gegenseitigen freiwilligen Beschränkung der einzelnen Wohnungsinhaber untereinander eine Eingriffsbefugnis des hoheitlich handelnden Staates in einen grundrechtlich geschützten Bereich herleiten zu wollen (2). Denn nach nahezu einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur ist der Gerichtsvollzieher, wenn er in seiner Eigenschaft als Vollstrekkungsorgan fungiert, keine Privatperson, die im Auftrag des Gläubigers handelt. Vielmehr übt der Gerichtsvollzieher als staatliches Vollstreckungsorgan hoheitliche Gewalt aus (3).

---

1) § 866 BGB.

2) Siehe auch Guntau, DGVZ 1982, 17 (19).

3) Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, § 758 ZPO, Anm. 1.

Wenngleich seine Tätigkeit der Durchsetzung privater Rechte dient, ist das Zwangsvollstreckungsrecht öffentliches Recht (1). Da die Wohnungsdurchsuchung einen staatlichen Zwangseingriff sowohl gegenüber dem Schuldner als auch gegenüber dem Dritten darstellt, ist dieses dem öffentlichen Recht zuzuordnende "Eingriffsverhältnis" (2) streng am Grundsatz der Gesetzmäßigkeit auszurichten (3). Dieser Grundsatz besagt, daß die staatliche Gewalt, wenn sie den Schutzbereich eines Grundrechts beeinträchtigt, eine gesetzliche Legitimation benötigt ("Vorbehalt des Gesetzes") (4).

2) Rechtsgutsanalyse des Art. 13 GG

Damit ist die Frage nach der Reichweite des von Art. 13 GG gewährleisteten Schutzes aufgeworfen. Von ihrer Beantwortung hängt es ab, ob Art. 13 GG thematisch überhaupt betroffen ist und als verfassungsrechtlicher Kontrollmaßstab zur Verfügung steht, wenn der Gerichtsvollzieher die gemeinsam bewohnte Wohnung betritt bzw. durchsucht,

---

1) Gerhardt, Vollstreckungsrecht, S. 8; Baur-Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Vergleichs- und Konkursrecht, S. 7, Rn. 10.

2) Gerhardt, a.a.O., S. 12; Baur-Stürner, a.a.O., S. 7, Rn. 9.

3) Gerhardt, a.a.O., S. 12; Baur-Stürner, a.a.O., S. 7, Rn. 9.

4) BVerfGE 32, 54 (75); J.-D. Kühne, Grundrechtlicher Wohnungsschutz und Vollstreckungsdurchsuchungen, S. 23; Hesse, Verfassungsrecht, Rn. 509, S. 195.

um die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner durchzuführen (1).

a.) Schutzbereichsdefinition der herrschenden Ansicht

Der Schutzbereich des Art. 13 GG wird von der ganz herrschenden Meinung sehr weit gefaßt. Nach einer Formulierung des Bundesverfassungsgerichts enthält Art. 13 GG das Recht, in der Wohnung in Ruhe gelassen zu werden (2). Das Recht auf Achtung der Privatsphäre ist insofern als persönliches Freiheitsrecht ausgestaltet, das mit räumlichen Aspekten angereichert ist (3). Zu der Wohnung werden dabei alle zu Aufenthalts- oder Arbeitszwecken benutzten Räume einschließlich der Nebenräume und des umschlossenen Geländes gerechnet. Demgemäß werden von der ganz herrschenden Meinung auch Hotelzimmer, Wohnwagen, Keller, Speicher, Treppen, Garagen, Hofraum, Hausgarten, Zelte etc. zur Wohnung im Sinne des Art. 13 GG gerechnet (4).

---

1) Von der Frage der Schutzbereichsanalyse, der Beeinträchtigung, ist die Frage der (rechtswidrigen) Verletzung strikt zu trennen. Die letztere stellt sich erst nach der Beantwortung der ersteren und ist durch diese in keinerlei Weise präjudiziert.

2) BVerfGE 32, 54 (75).

3) Vgl. J.-D. Kühne, Grundrechtlicher Wohnungsschutz und Vollstreckungsdurchsuchungen, S. 23; siehe auch BVerfGE 32, 54 (71 f).

4) Vgl. Frank, Jur Büro 1983, 801 (803); ein Überblick findet sich in Alternativkommentar-Berkemann, Art. 13 GG, Rn. 21 f.

Bei einem derartig weiten Verständnis des Schutzbereiches von Art. 13 GG kann nicht zweifelhaft sein, daß der Gerichtsvollzieher, der die gemeinschaftlich bewohnte Wohnung betritt, den Schutzbereich dieser Verfassungsnorm tangiert.

b.) Definition des Schutzbereichs nach J.-D. Kühne

Eine von der herrschenden Meinung abweichende Rechtsgutsdefinition des Art. 13 GG entwickelt Kühne in seiner Abhandlung "Grundrechtlicher Wohnungsschutz und Vollstrekkungsdurchsuchungen" (1). Schutzgut des Art. 13 GG ist nach Kühne nicht die Unantastbarkeit der Wohnung schlechthin, sondern die Sicherung vor willkürlichen Eingriffen (2). Dies bedeutet nach seiner Auffassung allerdings nicht, daß Eingriffe in die Wohnung, die weder Art. 13 II noch III GG zuzurechnen sind, völlig außerhalb des Schutzbereichs der grundgesetzlichen Wohnungsfreiheit stehen (3). Den Absätzen II und III von Art. 13 GG lasse sich vielmehr ein gemeinsames Prinzip entnehmen, das auch für Absatz I als schlüssig mitgeschriebener, spezieller Regelungsvorbehalt (4) anzusehen sei. Dieses Prinzip bestehe darin, daß bei

---

1) J.-D. Kühne, Grundrechtlicher Wohnungsschutz und Vollstreckungsdurchsuchungen, S. 11 f; Diese Arbeit konnte wegen zeitlicher Überschneidung von den Bundesverfassungsrichtern bei der grundlegenden Entscheidung vom 3.4.1979 (BVerfGE 51, 97) nicht mehr berücksichtigt werden.

2) Ders., a.a.O., S. 45.

3) Ders., a.a.O., S. 45.

4) Ders., a.a.O., S. 55.

denjenigen Eingriffen, die nur unter den Voraussetzungen von Absatz II oder III zulässig sind, der "Ruch der Willkür" besonders naheliege (1). Die Verfassung, die eine Antwort auf geschichtlich gesehen besondere Gefährdungslagen gebe (2), habe die Eingriffe der Absätze II und III als besonders heikel und regelungsbedürftig empfunden, weil die endgültige Rechtsfindung in bezug auf solche Maßnahmen erst im nachhinein getroffen werden könne (3). Die Entscheidung über den Wohnungseingriff erfolge bei Absatz II aufgrund eines Tat v e r d a c h t s und bei Absatz III aufgrund einer Gefahren a n n a h m e (4). In allen Fällen sei also die Entscheidung präjudiziell (5). Die abschließende Entscheidung über die materielle Rechtfertigung falle bei den in Absatz II und III genannten Eingriffen erst nachträglich (6). Zudem fehle typischerweise die individuelle Voraussehbarkeit, da die Eingriffe sinnvollerweise schnell und überraschend erfolgen müßten (7). Das Art. 13 GG zugrundeliegende Prinzip sei daher dahingehend zu konkretisieren, daß um so mehr anderweitige Vorkehrungen für das rechtsstaatliche Gesamtbild einer Wohnungsdurchsuchung erforderlich seien, je überraschender der Wohnungseingriff erfolge und desto ungewisser seine Legitimität sei (8).

---

1) J.-D. Kühne, Grundrechtlicher Wohnungsschutz und Vollstreckungsdurchsuchungen, S. 42.

2) Ders., a.a.O., S. 26; siehe insoweit auch Alternativkommentar-Berkemann, Art. 13 GG.

3) Ders., a.a.O., S. 43.

4) Ders., a.a.O., S. 44.

5) Ders., a.a.O., S. 45.

6) Ders., a.a.O., S. 44.

7) Ders., a.a.O., S. 41.

8) Ders., a.a.O., S. 49.

Die zivilprozessuale Vollstreckungsdurchsuchung bilde den Schluß eines Verfahrens, in welchem dem Schuldner ausgiebig Gelegenheit zum rechtlichen Gehör eingeräumt worden sei und der Eingriff insofern nicht überraschend erfolge, als dem Schuldner bereits geraume Zeit vor der Vollstreckung durch die Verkündung oder die Zustellung des Titels die mögliche Durchsuchung angekündigt werde (1). Die gesetzliche Ausgestaltung der zivilprozessualen Vollstreckungsdurchsuchung sei demgemäß mit Art. 13 GG vereinbar (2). Denn es handele sich dabei nicht um eine Einschränkung, weil Art. 13 I GG rechtsstaatlich einwandfreien Wohnungseingriffen Raum lasse (3).

Dies gelte auch für eingeschränkt richterliche oder nichtrichterliche Titel wie Versäumnisurteil oder Vollstreckungsbescheid (4). Nach einhelliger Meinung könne der Schuldner auf den Schutz des Art. 13 GG verzichten (5). Wenn der Schuldner auf diesen Schutz im Einzelfall vollkommen verzichten könne, müsse er auch auf einen damit zusammenhängenden vorverlagerten Teilaspekt verzichten dürfen. Dies tue er, wenn er von der richterlichen Prüfungsmöglichkeit keinen Gebrauch mache (6).

---

1) J.-D. Kühne, Grundrechtlicher Wohnungsschutz und Vollstreckungsdurchsuchungen, S. 58.

2) Ders., a.a.O., S. 60.

3) Ders., a.a.O., S. 60.

4) Ders., a.a.O., S. 61.

5) Ders., a.a.O., S. 62.

6) Ders., a.a.O., S. 62.

c.) Stellungnahme

Der Meinung Kühnes kann insoweit nicht gefolgt werden, als der Schutzbereich des Art. 13 GG auf ein Willkürverbot reduziert wird. Aus dem von Kühne herausgearbeiteten Grundgedanken des grundrechtlichen Wohnungsschutzes, dem Schutz vor unvorhersehbaren und typischerweise überraschend erfolgenden Zugriffen, können und werden dennoch im weiteren Verlauf der vorliegenden Arbeit gerade für die hier in Rede stehende Problematik Lösungshilfen erwachsen.

Wenn Kühnes Schutzgutsdefinition von Art. 13 GG abgelehnt wird, so ist hierfür der Einwand der "Roma locuta, causa finita" in bezug auf die Bindungswirkung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 3.4.1979 (1) nach § 31 I BVerfGE bei einer wissenschaftlichen Arbeit von untergeordneter Bedeutung.

Entscheidend gegen die Auffassung Kühnes spricht die Systematik des Art. 13 GG selbst und die Auslegungsmaxime, derzufolge Grundrechtsnormen so auszulegen sind, daß die Wirkungskraft von Grundrechten optimiert wird (2).

Der systematische Aufbau des Art. 13 GG legt insbesondere durch die Formulierung in

---

1) BVerfGE 51, 97; siehe auch Gerhardt, ZZP 95, 467 (479).

2) BVerfGE 6, 55 (72); 32, 54 (71); 39, 1 (38); 51, 97 (110).

Absatz III "im übrigen" den Schluß nahe, daß die Beschränkungsmöglichkeiten der Wohnungsfreiheit durch die Absätze II und III abschließend umschrieben und damit limitiert sind (1).

Wollte man bestimmte Durchsuchungen im Hinblick darauf, daß der Verfassungsgeber unter dem Begriff der Durchsuchung nur solche zum Zwecke repressiver Unrechtsahndung verstanden haben mag (2), aus dem Geltungsbereich des Absatz II herausnehmen und sie unter Umständen an einem in Absatz I vorverlagerten, speziellen Regelungsvorbehalt messen, der in keinerlei Weise durch den Wortlaut von Art. 13 GG angedeutet wird, so widerspräche dies aber auch dem insoweit eindeutigen Wortlaut des Art. 13 GG, der Durchsuchungen schlechthin dem Richtervorbehalt unterwirft und für Unterscheidungen damit keinen Raum läßt (3).

Zusätzlich begegnet die Differenzierung Kühnes zwischen Eingriffen mit repressiver Zwecksetzung, deren Zulässigkeit in Absatz II geregelt sei, sowie solchen mit präventiver Zwecksetzung, deren Rechtmäßigkeit an Absatz III zu überprüfen sei, und der "restitutiven" zivilprozessualen Vollstreckungsdurchsuchung folgenden Bedenken: Begrifflich

---

1) Dagtoglou, Bonner Kommentar, Art. 13 GG, Rn. 71; Alternativkommentar-Berkemann, Art. 13 GG, Rn. 38.; Gentz, Die Unverletzlichkeit der Wohnung, S. 130 f u. 172 ff.

2) J.-D. Kühne, Grundrechtlicher Wohnungsschutz und Vollstreckungsdurchsuchungen, S. 32, 34, 36.

3) Siehe auch BVerfGE 51, 97 (107).

ist den Termini "repressiv" und "restitutiv" gemeinsam, daß sie eine nachträgliche und keine vorgreifende Reaktion auf ein bestimmtes Verhalten oder einen bestimmten Zustand zum Ausdruck bringen. Sowohl die Vollstrekkungsdurchsuchung nach der ZPO als auch die Haussuchung im klassischen Sinne, die erfolgt, um einen flüchtigen Straftäter zu ergreifen oder Beweismittel aufzuspüren, lassen sich als Maßnahmen verstehen, die durchgeführt werden, um die Rechtsordnung wiederherzustellen. Dieser Gemeinsamkeit gegenüber fallen die Unterschiede nicht derart ins Gewicht, daß es gerechtfertigt wäre, zwei verschiedene Begriffe mit dem Ziel zu verwenden, hieran unterschiedliche Rechtsfolgen zu knüpfen.

Schließlich führt die Auffassung Kühnes, die zivilprozessuale Durchsuchung sei lediglich an dem von ihm entwickelten speziellen Regelungsvorbehalt des Absatzes I zu messen, entgegen seiner Meinung (1) sehr wohl in die Nähe des vom Verfassungsgeber mit Sicherheit nicht gewollten Allgemeinvorbehalts (2). Denn darüber, was rechtsstaatlich erlaubt ist, weil es nicht überraschend und nicht unvorhersehbar sei, läßt sich zu Recht trefflich streiten. Von einer derart unsicheren Begriffsbasis darf aber nicht der Schutzbereich eines grundrechtlich garantierten Freiheitsrechts abhängen. Eben-

---

1) J.-D. Kühne, Grundrechtlicher Wohnungsschutz und Vollstreckungsdurchsuchungen, S. 48.

2) Vgl. Alternativkommentar-Berkemann, Art. 13 GG, Rn. 4.

sowenig wie andere Grundrechtsverbürgungen über ihren Wortlaut hinaus - beispielsweise durch eine Qualifizierung der Begriffe Meinung oder Kunst - tatbestandsmäßig eingeengt werden dürfen, kann dies bei dem durch Art. 13 GG geschützten Rechtsgut hingenommen werden. Dem Interpreten stünden Tür und Tor offen, unabhängig von den vom Grundgesetz zugelassenen Beschränkungsmöglichkeiten bestimmte Eingriffe aus dem Schutzbereich des Art. 13 I GG mit der Behauptung auszugrenzen, diese seien nicht willkürlich.

Die Lösung des Problems kann daher nicht über eine vom Wortlaut des Art. 13 GG nicht gedeckte Beschränkung des geschützten Rechtsguts gefunden werden. So kritikwürdig die Ausdehnung von Art. 13 GG durch Rechtsprechung und herrschende Lehre beispielsweise auch auf Geschäftsräume ist (1), so wenig kann doch ernstlich bestritten werden, daß der Gerichtsvollzieher, der eine von mehreren grundrechtsmündigen Personen genutzte Wohnung betritt, um sie zu durchsuchen, die dort geschützte Privatsphäre aller Mitbewohner tangiert, die die entsprechenden Räume gemeinschaftlich nutzen, ohne ihm ihr Einverständnis zu erklären.

Der Schutzbereich des Art. 13 I GG ist daher in diesen Fällen betroffen.

---

1) Siehe Ekkehart Stein, Staatsrecht, S. 235.

3) Möglichkeiten der Einschränkungen von Art. 13 GG

Zu untersuchen ist mithin, ob der Gerichtsvollzieher zu einem Eingriff in das durch Art. 13 GG geschützte Recht des Dritten b e r e c h t i g t ist.

a.) Schutz des Gläubigers durch Art. 14 GG

Eine solche, Art. 13 GG einschränkende Berechtigung könnte sich zunächst aus Art. 14 GG ergeben.

Die Position des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers genießt ebenso wie diejenige des Schuldners Grundrechtsschutz. Sein Forderungsrecht ist durch die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG geschützt (1).

Dem Gläubiger, dem es wegen des Zwangsmonopols des Staates verwehrt ist, den Forderungswert selbst einzutreiben, erwächst aus der Grundrechtsposition des Art. 14 GG ein Anspruch gegen den Staat, wirkungsvolle Zwangsvollstreckungsmöglichkeiten zu garantieren (2). Durch eine zu weit gehende Be-

---

1) Vgl. BVerfGE 49, 142 (179); BGHZ 6, 270 278; BVerwG, MDR 1966, 534; Henkel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 358; Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, S. 128; Quack, DRPfleger 1978, 197 (198); Alisch, Wege zur interessengerechten Auslegung vollstrekkungsrechtlicher Normen, S. 30; Lippross, Grundlagen und System des Vollstreckungsschutzes, S. 118; Suhr, NJW 1979, 145 (146); Morgenstern, NJW 1979, 2277 (2280 Fn. 52); Gerhardt, ZZP 95, 467 (487).

2) Lippross, a.a.O., S. 136.

schränkung der Zwangsvollstreckung kann demzufolge das Grundrecht des Gläubigers aus Art. 14 GG verletzt werden (1).

Die durch Art. 14 GG geschützte Position des Gläubigers wäre in diesem Sinne verletzt, wenn die Durchsetzung gerichtlich erstrittener Titel bei Zwangsvollstreckungen in gemeinschaftlich genutztem Wohnraum generell an Rechtsbedenken scheitern müßte.

Somit ergibt sich bei Zwangsvollstreckungen im Wohnraum von Schuldnern, der von Dritten mitbewohnt wird, regelmäßig eine Grundrechtskollision zwischen dem Recht des Gläubigers aus Art. 14 GG und dem Recht des Dritten aus Art. 13 GG (2). Es ist das Verdienst von Guntau, diesen Gesichtspunkt auch für die vorliegende Problematik herausgestellt zu haben.

Fraglich ist jedoch, ob der von Guntau vorgeschlagene Weg zur Lösung der Problematik geeignet ist und einer rechtlichen Nachprüfung standhält.

Guntaus Arbeit krankt an zwei entscheidenden Mängeln: Zunächst vermißt man bei ihm einen Hinweis darauf, wie der Gläubiger in Erfahrung bringen kann, ob ihm andere Vermögensobjekte zur Verfügung stehen. Vor allem aber wird nicht deutlich, wie Guntau

---

1) Lippross, Grundlagen und System des Vollstreckungsschutzes, S. 137.

2) Vgl. Lippross, a.a.O., S. 137; Gerhardt, a.a.O., S. 487.

3) Guntau, DGVZ 1982, 17.

sein Ergebnis methodisch begründen will. Einerseits scheint er zur Kollisionsregelung den Grundsatz der Einheit der Verfassung heranzuziehen, andererseits lassen sich Anleihen bei der Mißbrauchslehre (1) bzw. der Lehre von Gemeinschaftsvorbehalt (2) nicht verkennen. Wörtlich heißt es: "Der Anspruch des einzelnen gegenüber der Gemeinschaft auf Beachtung seiner Privatsphäre findet in der aus der Privatsphäre fließenden unzumutbaren Störung der Gemeinschaft seine Schranke. Hierin liegt keine "Einschränkung" des Grundrechts, sondern es erfolgt lediglich die Wiederherstellung der grundrechtlichen Ordnung" (3).

Die Grundrechtstheorien, auf die Guntau, wenn auch nicht expressis verbis, so doch dem Sinn nach Bezug nimmt, sollen im folgenden in bezug auf ihre Tauglichkeit zur Lösung des Grundrechtskonflikts zwischen Gläubigerrechten und Drittwohnungsschutz untersucht werden.

aa) Theorie des Grundrechtsmißbrauchs

Nach Gallwas liegt ein Grundrechtsmißbrauch vor, wenn die Realisierung eines Grundrechts das Freiheitsinteresse eines anderen verletzt und das kollidierende Freiheitsinteresse als vorrangig zu bewerten ist (4).

---

1) Gallwas, Der Mißbrauch von Grundrechten, S. 1 ff.

2) Maunz-Dürig-Herzog, Kommentar, Grundgesetz, Art. 13 GG, Rn. 12.

3) Guntau, DGVZ 1982, 17 (21).

4) Gallwas, a.a.O., S. 40 ff.

Eine derartige Vorrangstellung kann sich nach Gallwas aus einer "höherrangigen Verfassungsnorm", einer "vorverfassungsrechtlichen Grundidee" oder einem "überpositiven Rechtsgedanken" ergeben (1).

Dieser Auffassung, die gleichzeitig Basis der meisten Lehren von den immanenten Grundrechtsschranken ist (2), kann nicht gefolgt werden. Bei der hier zu lösenden Problematik einer Grundrechtskollision ist bereits fraglich, wer schutzwürdige Belange des anderen mehr verletzt, der den Gläubiger an einer Durchsuchung hindernde Dritte oder der den Dritten in seiner Wohnungsfreiheit einschränkende Gläubiger.

Eine höherwertige Rangzuweisung für Art. 13 GG oder Art. 14 GG läßt sich jedenfalls weder einer vorverfassungsrechtlichen Grundidee noch einem überpositiven Rechtsgedanken entnehmen.

In grundsätzlicher Hinsicht krankt die Mißbrauchstheorie an ihrer generalklauselartigen Unbestimmtheit (3) und daran, daß das Grundgesetz in Art. 5 III 2, 9 II, 18 und 21 GG selbst bestimmte Mißbrauchsformen

---

1) Gallwas, Der Mißbrauch von Grundrechten, S. 35.

2) Siehe Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, S. 154.

3) Nieuwland, Darstellung und Kritik der Theorien der immanenten Grundrechtsschranken, S. 72.

explizit regelt. Daraus ist wohl zwingend zu folgern, daß eine allgemeine Mißbrauchslehre vom Grundgesetz gerade nicht intendiert ist (1).

bb) Immanenzlehren

Eine weitverbreitete Ansicht in der Auseinandersetzung um das Verständnis von Grundrechten geht davon aus, daß jedes Grundrecht nicht nur durch geschriebene, sondern auch durch ungeschriebene, sogenannte immanente Schranken begrenzt ist.

Gegen diese Auffassung spricht wie gegen jede andere Theorie von angeblich ungeschriebenen Grundrechtsschranken, daß sie die Positivität der Verfassung aushöhlen und das, wie auch immer zu bewertende, differenzierte, der jeweiligen Grundrechtsnorm angepaßte Schrankensystem hinfällig machen würden. Daher sind die sogenannten Immanenztheorien gleichfalls abzulehnen. Gerade Art. 13 GG bietet durch die in Absatz II und III beigefügten Beschränkungsmöglichkeiten hinreichend Gewähr dafür, daß einem Mißbrauch des Grundrechts entgegengewirkt werden kann. Sollte es, wie noch zu untersuchen sein wird, dennoch aus verfassungsrechtlicher Sicht nötig sein, eine von Absatz II und III nicht gedeckte Einschränkungsmöglichkeit zu schaffen, so wäre der hierfür in Art. 79 II GG vorgezeichnete Weg zu beschreiten: Unter

---

1) Siehe auch Nieuwland, Darstellung und Kritik der Theorien der immanenten Grundrechtsschranken, S. 76 m.w.N..

Benennung des Grundrechtsartikels und unter Änderung des Textes wäre bei der hierzu erforderlichen qualifizierten Mehrheit die Verfassung durch den Gesetzgeber zu ändern (1).

cc) Gemeinwohltheorie Dürigs

Weitgehend die gleichen Bedenken ergeben sich gegenüber der von Dürig insbesondere auch zu Art. 13 GG vertretenen Theorie der Beschränkbarkeit durch Gesichtspunkte des Gemeinwohls (2). Nach dieser Theorie kann der Störer in die dem Grundrecht mitgegebenen Grenzen zurückgewiesen werden, da Gesichtspunkte des Gemeinwohls grundsätzlich gewichtiger als die aus der Privatsphäre fließenden Befugnisse seien und die Grundrechtsordnung durch die Zurückdrängung des letzteren zugunsten des ersteren nicht beeinträchtigt, sondern wiederhergestellt werde.

Auch diese Theorie, die mit dem vagen Begriff des "Gemeinwohls" Eingriffe in das Grundrecht neben Art. 13 II und III GG zu rechtfertigen sucht, würde zu einer "Entformalisierung des Verfassungsrechts" (3) und damit einhergehend zu einer Minderung der Rechtssicherheit führen. Außerdem würde auf diese Art und Weise der Grundrechtsschutz relativiert und das den einzelnen Grundrech-

---

1) In diesem Sinne auch Kirchmann, Der Schutzbereich des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung, S. 95.

2) Maunz-Dürig-Herzog, Kommentar, Grundgesetz, Art. 13 GG, Rn. 12.

3) Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Rechtsstaat im Wandel, S. 151.

ten in verschiedenartiger Weise vom Verfassungsgeber zugeordnete Schrankensystem seines Sinns beraubt. Dieser Sinn ist darin zu erblicken, daß die möglichen Beschränkungen eines Grundrechts ihrerseits beschränkt werden durch die dem jeweiligen Grundrecht positiv zugeordneten Eingriffsmöglichkeiten. Daran vermag weder die Behauptung etwas zu ändern, im Grundgesetz herrsche kein Schrankensystem, sondern vielmehr ein Schrankenwirrwarr (1), noch die fast allgemein anerkannte These, Art. 13 GG gehöre zu den am wenigsten durchdachten und geglückten Grundrechtsbestimmungen überhaupt (2). Dies entbindet den Grundrechtsinterpreten nicht von der maßgeblich auch durch die Textlichkeit konstituierten Normativität der Verfassung, die durchaus unterschiedliche und abgestufte Einschränkungsmöglichkeiten bei den einzelnen Grundrechten vorsieht. Diese Entscheidung des Verfassungsgebers ist zu respektieren, was nicht bedeutet, daß jede Grundrechtskollision durch den Gesetzgeber gelöst werden muß (3).

dd) Einheit der Verfassung

Zu untersuchen bleibt, ob sich Guntaus Ergebnis mit dem von ihm gleichfalls angesprochenen Prinzip der "Einheit der Verfassung" rechtfertigen läßt. Nach diesem Prinzip sind Verfassungsnormen grundsätzlich so zu interpretieren, daß durch das Ergebnis die Reali-

---

1) Bettermann, Grenzen der Grundrechte, S. 3.
2) Vgl. Dagtoglou, JuS 1975, 753 (756).
3) Siehe auch Lepa, DVBl 1972, 161 (164).

sierung anderer Verfassungswerte nicht in Frage gestellt wird, sondern eine Optimierung der Wirkungskraft aller in dem Konflikt insolvierten Verfassungswerte erreicht wird (1).

Zunächst ist festzustellen, daß durch das Prinzip der Einheit der Verfassung, welches auch vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung vertreten wird (2), im Unterschied zu allen anderen Lehren eine Beschränkbarkeit der Grundrechte über den Schrankenwortlaut des GG hinaus nur durch Rückgriff auf andere Rechtsgüter mit Verfassungsrang zugelassen wird. Bisweilen wird vom Bundesverfassungsgericht darüber hinaus gefordert, daß ein Grundrecht nur durch "andere oberste Grundwerte der Verfassung" begrenzt werden könne (3).

In dem für die Schrankendogmatik grundlegenden Entscheid des Bundesverfassungsgerichts über das Verhältnis des Grundrechts der Kriegsdienstverweigerung zur Wehrpflicht (4) heißt es: "Nur kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte sind mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung ausnahmsweise imstande, auch uneinschränkbare Grund-

---

1) Blaesing, Grundrechtskollisionen, S. 99 m.w.N..

2) BVerfGE 1, 14 (32); 19, 206 (220); 28, 260/261; 30, 1 (19); 30, 173 (193); vgl. auch Erwin Stein, Verfassungsgerichtliche Interpretation der Grundrechte als Konkretisierung des Rechtsstaates, in: Auf dem Weg zum Richterstaat, S. 93.

3) BVerfGE 33, 52 (71).

4) BVerfGE 28, 243.

rechte in einzelnen Beziehungen zu begrenzen. Dabei auftretende Konflikte lassen sich nur lösen, indem ermittelt wird, welche Verfassungsbestimmung für die konkret zu entscheidende Frage das höhere Gewicht hat (BVerfGE 2, 1 [72 f]). Die schwächere Norm darf nur so weit zurückgedrängt werden, wie das logisch und systematisch zwingend erscheint; ihr sachlicher Grundwertgehalt muß in jedem Fall respektiert werden" (1).

Daraus ergibt sich folgendes: Zunächst erteilt das Bundesverfassungsgericht jedem Immanenzdenken eine klare Absage, dessen Legitimations- und Interpretationsansatz nicht in der Verfassung selbst wurzelt. Zum anderen wird der Ausnahmecharakter für eine über den Wortlaut der grundrechtlichen Beschränkungsmöglichkeit hinausgehende Einschränkung auf formal vorbehaltlose Grundrechte bezogen. Zum dritten wird klargestellt, daß eine derartige Einschränkung nur dann zulässig ist, wenn dies logisch und systematisch zwingend ist.

Hieraus folgt, daß ein mit Schranken versehenes Grundrecht wie Art. 13 GG - wenn überhaupt - nur dann zusätzlich mit ungeschriebenen Begrenzungen versehen werden darf, wenn der Nachweis geführt ist, daß die geschriebenen Schranken nicht ausreichen, um die "Einsicht der Verfassung" zu gewährleisten. Angesichts der ausführlichen und weiten Schrankenvorbehalte in den Absätzen II und III liegt - bis zum Beweis des Gegenteils - die Vermutung nahe, daß Art. 13 GG

---

1) BVerfGE 28, 243 (261).

alle denkbaren Einschränkungen der Wohnungsfreiheit durch Maßnahmen der öffentlichen Gewalt abschließend regelt (1).

ee) Kompetenzproblematik

Schließlich ist genauestens zu untersuchen, ob die Lösung eines Grundrechtskonflikts nicht Sache des Gesetzgebers ist. Die Kompetenzproblematik bei der Lösung von Grundrechtskollisionen ist in einem demokratischen, nach dem Prinzip der Gewaltenteilung organisierten Staat von zentraler Bedeutung (2). Ob der Gesetzgeber oder die Rechtsprechung zur Lösung von Grundrechtskollisionen berufen ist, bedarf daher eingehender Überlegungen. Dabei ist zwar nicht ohne weiteres von einem Rechtssetzungsmonopol, in jedem Fall aber von einer Rechtssetzungsprärogative des Gesetzgebers auszugehen (3). Dieser besitzt zum einen als unmittelbar gewählter Repräsentant des Volkes eine erhöhte demokratische Legitimation, zum anderen steht ihm mit dem Verfahren der Gesetzgebung ein Verfahren zur Verfügung, das ein Höchstmaß an Transparenz, Öffentlichkeit und demokratisch-pluralistischem Interessensausgleich ermöglicht.

---

1) Alternativkommentar-Berkemann, Art. 13 GG, Rn. 38: Das kodifikatorische Vorbehaltssystem sei "exklusiv" zu interpretieren; E. Kirchmann, Der Schutzbereich des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung, S. 95; im Ergebnis wohl auch BVerfGE 47, 31 (36); anders aber BVerfGE 32, 54 (76).

2) Vgl. Bethge, Zur Problematik der Grundrechtskollision, S. 272 ff.

3) Vgl. Bethge, a.a.O., S. 281 u. 289.

Demgegenüber vermag die Behauptung, bei der Lösung von Grundrechtskollisionen handele es sich um ein Erkenntnisproblem (im Sinne eines gebundenen Verfassungsvollzugs) (1), nicht zu überzeugen. Es dürfte bereits nahezu unmöglich sein, zwischen einer zu vollziehenden Erkenntnis und einer zu treffenden Entscheidung eine exakte und praktikable Grenzlinie zu ziehen. Nach heutigem Verständnis vermag das reine Subsumptionsdenken den Vorgang des Judizierens nicht hinreichend zu erklären. Auch die bloße Auslegung ist ein schöpferischer und nicht rein kognitiver Akt (2). Das Ergebnis der Auslegung wird von zwei wechselseitig sich beeinflussenden Polen gespeist, dem des Gesetzes und dem des Interpreten. In dem "Hin- und Herwandern des Blickes" zwischen Normen und Lebenssachverhalt (3) spielt auch das Vorverständnis und damit die wenn auch vielfach unbewußte Wertung und Bewertung des Interpreten eine Rolle. Auslegen bedeutet daher nicht nur Erkenntnis eines bereits Vorgedachten, sondern mit der Konkretion auch Entscheidung und Bewertung (4). Dies gilt um so mehr für den Bereich der weiten und offenen Verfassungsnormen.

Schließlich läßt sich für eine primäre Kompetenz des Gesetzgebers der "Allgemeinvorbehalt des Gesetzes" heranziehen. Über die Fälle des klassischen Eingriffsvorbehalts

---

1) Blaesing, Grundrechtskollisionen, S. 160 u. 162.

2) Kaufmann, JuS 1965, 1 (8).

3) Engisch, Logische Studien, S. 15.

4) Hassold, Strukturen der Gesetzesauslegung, S. 216; Zippelius, JZ 1970, 241.

hinaus, demzufolge Eingriffe in Eigentum und Freiheit einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, wird für die Entscheidung aller w e s e n t l i c h e n Fragen des Gemeinwesens eine g e s e t z l i c h e Grundlage verlangt (1).

Die Schwierigkeit, insbesondere den Begriff der Wesentlichkeit in diesem Zusammenhang zu definieren, liegt dabei auf der Hand. Als wesentlich wird man aber in jedem Falle Entscheidungen anzusehen haben, die eine Beschränkung von Grundrechten zur Folge haben (2). Von daher scheint es nahezuliegen, bei Grundrechtskollisionen nicht nur eine Regelungsprärogative, sondern sogar ein Regelungsmonopol des Gesetzgebers anzunehmen. Ohne diesen Gedanken im Rahmen dieser Arbeit vertiefen zu können, sei jedoch darauf hingewiesen, daß dies auf eine vom Gesetzgeber unmöglich zu leistende Detailarbeit hinausliefe (3), da Grundrechtskollisionen eine allenthalben anzutreffende, nahezu alltägliche Erscheinung des Rechts als einer Gegenseitigkeitsordnung darstellen, deren Lösung "der Dogmatik ... gewissermaßen auf den Nägeln brennt und ... eines der dominierenden Grundrechtsthemen der be-

---

1) Vgl. BVerfGE 8, 156 (166); Starck, Der Gesetzesbegriff, S. 281 f; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 509, S. 195.

2) Vgl. Hesse, a.a.O., Rn. 509, S. 195.

3) Dementsprechend ist bei Grundrechtskollisionen im Gegensatz zu Grundrechtskonkurrenzen ein Trend zu fallspezifischem Vorgehen unverkennbar", Rohrer, Beziehungen der Grundrechte untereinander, S. 34.

reits Gegenwart gewordenen Zukunft sein wird ..." (1).

Festzuhalten bleibt hier, daß es dem Gesetzgeber jedenfalls nicht verwehrt sein kann, eine Grundrechtskollision durch Gesetz zu lösen und daß demgegenüber eine mögliche Zuständigkeit der Judikative subsidiär wäre. Wenn also schon im allgemeinen kein Grund ersichtlich ist, dem Gesetzgeber nicht zumindest die Befugnis zur Lösung von Grundrechtskollisionen durch Gesetz zu überantworten (2), so gilt dies erst recht für typisierbare Konfliktsituationen, die einer abstrakt-generellen Regelung durch Gesetz zugänglich sind (3).

Um eine derartige typisierbare Konfliktsituation handelt es sich aber bei der gegebenen Fallkonstellation, bei der es einerseits dem aus Art. 14 GG zu entnehmenden Gebot der Gewährleistung einer effektiven Zwangsvollstreckung Rechnung zu tragen gilt und andererseits dem Grundrechtsschutz des Mitbewohners aus Art. 13 GG. Diese Konstellation ist nicht das Ergebnis einer Verkettung von außergewöhnlichen Umständen, die nur ausnahmsweise im Einzelfall zusammentreffen und daher im Prinzip nicht wiederholbar sind, sondern es handelt sich hierbei

---

1) Bethge, Zur Problematik der Grundrechtskollision, S. 322.

2) Bethge, a.a.O., S. 289; vgl. zur Subsidiarität auch Nieuwland, Darstellung und Kritik der Theorien der immanenten Grundrechtsschranken, S. 138.

3) Das Argument einer mangelnden Typisierbarkeit wird zur Rechtfertigung der Ansicht, die Kollisionslösung sei nicht

um eine praktisch alltäglich auftretende Grundrechtskollision bei der Zwangsvollstreckung in der Wohnung eines Schuldners, der dort nicht alleine wohnt. Sie bedarf daher einer Lösung durch ein Gesetz, dessen Nachprüfbarkeit auf seine Verfassungsmäßigkeit der Kontrolle der Gerichte und insbesondere des Bundesverfassungsgerichts obliegt. Ein solches Gesetz wird jedoch nicht durch Einzelfallentscheidungen der Gerichte entbehrlich.

Als Ergebnis der Auseinandersetzung mit Guntaus Ansicht kann somit festgehalten werden, daß der Fall einer Grundrechtskollision gegeben ist, da der Gläubiger den Schutz aus Art. 14 GG und der Dritte denjenigen aus Art. 13 GG genießt. Der Eingriff in das Recht des bei einer Zwangsvollstrekkung in seinem Grundrecht aus Art. 13 GG betroffenen Dritten ist aber nicht durch die nach Art. 14 GG geschützte Gläubigerposition unmittelbar beschränkt oder beschränkbar.

---

ausschließlich Sache der Legislative, sondern auch Sache der Judikative, von Blaesing angeführt (Blaesing, Grundrechtskollisionen, S. 162). Demgegenüber vgl. die sehr weitgehende Formulierung Hesses, wonach alle Entscheidungen "wesentlich" seien, durch die kollidierende Grundrechte gegeneinander abgegrenzt würden, so daß insoweit der Vorbehalt des Gesetzes gelte (Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 509, S. 195).

b.) Einschränkung durch Art. 13 II oder Art. 13 III GG

In Betracht kommt eine Rechtfertigung des Eingriffs in die Wohnungsfreiheit des Dritten aufgrund der gemäß Art. 13 GG in den Absätzen II und III statuierten Schranken. Zunächst ist zu untersuchen, welcher dieser beiden Absätze als verfassungsrechtliche Ermächtigung für den Eingriff in das Wohnungsrecht des Dritten heranzuziehen ist.

Auf den ersten Blick scheint sich zu ergeben, daß Art. 13 II GG einschlägig ist, da es sich um eine Durchsuchung handelt. Nach der von der Rechtsprechung des BVerwG geprägten, herrschenden Begriffsdefinition ist eine Durchsuchung "die Suche nach Personen, Sachen oder die Ermittlung eines Sachverhalts in einer Wohnung ... . Kennzeichnend für die Durchsuchung ist das ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe in einer Wohnung, um dort planmäßig etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will, etwas nicht klar zutage Liegendes, vielleicht Verborgenes aufzudecken oder ein Geheimnis zu lüften; mithin das Ausforschen eines für die freie Entwicklung der Persönlichkeit wesentlichen Lebensbereichs, das unter Umständen bis in die Intimsphäre des Betroffenen dringen kann" (1). Allein das Betreten einer Wohnung ohne Einwilligung des Inhabers sei hingegen keine Durchsuchung

---

1) BVerwGE 47, 31 (37).

im Sinne von Art. 13 II GG (1). Die beim Betreten einer Wohnung unvermeidliche Kenntnisnahme von Personen, Sachen und Zuständen machten den Eingriff in die Wohnungsfreiheit noch nicht zu einer Durchsuchung (2).

Führt man sich die ganze Bandbreite der möglichen Fallgestaltungen auf tatsächlichem Gebiet bei einer Zwangsvollstreckung in einer von mehreren Personen bewohnten Wohnung vor Augen, ergibt sich nach dieser Definition ein vielgestaltiges Bild. Wenn der Gerichtsvollzieher das Zimmer des Dritten nur durchschreitet, um in den Gewahrsamsbereich des Schuldners zu gelangen, läge keine Durchsuchung, sondern ein schlichtes Betreten vor (3). Wenn es sich hingegen um eine untrennbar gemeinschaftlich genutzte Wohnung handelt, etwa bei der Wohnung eines nicht verheirateten Paares, läge eine Durchsuchung vor, weil der Gerichtsvollzieher ziel- und zweckgerichtet erforschen müßte, welche Sachen in wessen Gewahrsam stehen. Bei einer Wohnung, in der einzelne Zimmer ausschließlich einer bestimmten Person zugewiesen sind, während daneben von mehreren Personen gemeinschaftlich genutzte Räume existieren, wie dies oft bei "klassischen" Wohngemeinschaften der Fall ist, läge eine Durchsuchung nur dann vor, wenn der Gerichtsvollzieher auch in diesen Gemeinschafts-

---

1) BVerwGE 47, 31 (32, LS 2).

2) BVerwGE 47, 31 (37).

3) Dies befürwortet beim sogenannten "Durchschreiten fremden Gewahrsams" z.B. Lippross, Vollstreckungsrecht, S. 51.

räumen Nachforschungen bezüglich der Gewahrsamsverhältnisse an einzelnen Vollstreckungsgegenständen anstellen müßte.

Wenn sich seine Tätigkeit demgegenüber auf ein bloßes Durchschreiten beschränkte, läge ein Betreten vor. Anknüpfend an die Unterscheidung zwischen "Betreten" und "Durchsuchen" wird teilweise sogar darüber hinausgehend die Ansicht vertreten, der Gerichtsvollzieher dürfe beispielsweise die Räume eines Untermieters ohne dessen Willen betreten, wenn er davon überzeugt sei, daß der Schuldner dort Sachen im Alleingewahrsam habe (1).

Fraglich ist, ob eine derartige Differenzierung zwischen einer Durchsuchung einerseits und einem schlichten Betreten andererseits sachgerecht und sinnvoll ist. Dazu ist es erforderlich, sich zunächst die Konsequenzen einer solchen Unterscheidung zu vergegenwärtigen. Wenn keine Durchsuchung vorliegt, wäre der Eingriff an den Voraussetzungen von Art. 13 III GG zu messen (2). Es müßte demnach eine dringende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorliegen. Dies dürfte aber bei den wenigsten

---

1) Zöller-Scherübl, Zivilprozeßordnung, § 758 ZPO, Anm. II 1; Stein-Jonas-Münzberg, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, § 758 ZPO, Rn. 4; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Zivilprozeßordnung, § 758 ZPO, Anm. 3 A.

2) Dies befürworten Stein-Jonas-Münzberg, a.a.O., Rn. 2 und Lippross, Vollstreckungsrecht, S. 51.

Vollstreckungshandlungen der Fall sein (1). Zwar gehört zu der öffentlichen Sicherheit auch das Vermögen des einzelnen (2); gleichwohl fällt es schwer, bei der Zwangsvollstrekkung wegen einer Geldforderung von einer dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne des Art. 13 GG zu sprechen. Denn "dringend" kann angesichts des Kontextes von Art. 13 III GG ("Bekämpfung von Seuchengefahr" und "Schutz gefährdeter Jugendlicher") nicht in temporärer Hinsicht, also in bezug auf die Nähe der Gefahr, verstanden werden, sondern nur als eine Gefahr für besonders wichtige Rechtsgüter oder für besonders viele Rechtsgüter (3). Dies wird man bei einer Geldforderung, zumal wenn es um die Vollstreckung geringerer Beträge geht, nicht ernsthaft annehmen können.

Bei konsequenter Durchführung einer Unterscheidung zwischen "Betreten" und "Durchsuchung" käme man unter Umständen zu dem Ergebnis, daß das Betreten an den Voraussetzungen des Art. 13 III GG scheitern müßte, während eine Durchsuchung nach Art. 13 II GG zulässig wäre. Dies wäre offensichtlich sinnwidrig und widerspräche jedem Versuch einer sinnvollen Funktionszuweisung und -abgrenzung von Art. 13 II und III GG.

Eine sinnvolle Grenzziehung wird möglich, wenn man berücksichtigt, daß sich die durch

---

1) So auch BVerwG, NJW 1968, 563 (564) und Amelung, ZZP 88, 74 (75); siehe auch Tipke-Kruse, Abgabenordnung § 287, Tz 2; Behr, DGVZ 1980, 49 (51); Schwan, DÖV 1975, 661 (666).

2) Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Kommentar, Art. 13 GG, Rn. 20.

3) Siehe Gentz, Die Unverletzlichkeit der Wohnung, S. 117 f m.w.N..

Absatz III zugelassenen Eingriffe durch ihre Zweckgebundenheit auszeichnen (1). Sie dienen entweder der Gefahrabwehr oder der Gefahrverhütung (2), also präventiven Zwekken. Den Eingriffen, die durch Art. 13 II GG zugelassen werden, ist hingegen eine repressive bzw. restitutive Zwecksetzung eigen (3).

Während Maßnahmen nach Art. 13 III GG der Sicherung dringend gefährdeter Rechtsgüter dienen, ist kennzeichnend für solche des Art. 13 II GG, daß sie der Wiederherstellung bereits verletzten Rechts dienen (4).

Allerdings muß des weiteren beachtet werden, daß bei einer derartigen Aufteilung der Durchsuchungsbegriff nicht über die mögliche Wortsinngrenze von "Durchsuchung" ausgedehnt wird (5), weil ansonsten keine Auslegung mehr vorläge. Wenn aber wie hier das Z i e l des Wohnungseingriffs darin besteht, pfändbare Gegenstände aufzufinden und für die beabsichtigte Zwangsvollstreckung zu pfänden, läßt sich auch derjenige Vorgang, der hiermit in unabdingbarem und unmittelbaren Zusammenhang steht, als Teil der Durch-

---

1) Schwan, DÖV 1975, 661 (669); Dagtoglou, JuS 1975, 753 (756); H.-H. Kühne, DGVZ 1979, 145 (147).

2) Schwan, DÖV 1975, 661 (669).

3) J.-D. Kühne, Grundrechtlicher Wohnungsschutz und Vollstreckungsdurchsuchungen, S. 34 u. 58.

4) Amelung, ZZP 88, 74 (81).

5) Vgl. die Bedenken gegen die Meinung von Gentz und Dagtoglou bei J.-D. Kühne, a.a.O., S. 18 ff.

suchung definieren (1). Auch das schlichte Betreten in diesem Zusammenhang kann daher als Art. 13 II GG zuzurechnende Durchsuchung angesehen werden.

Die Zerlegung des hier in Rede stehenden Grundrechtseingriffs in ein "Betreten" und ein "Durchsuchen" erscheint angesichts der oben angeführten Beispiele nicht sachgerecht (2). Soll bei der Zwangsvollstreckung in ein und derselben Wohnung tatsächlich für die Durchsuchung des einen Zimmers die Anordnung des Richters und für das Betreten des anderen ein Zweck im Sinne Art. 13 III GG erforderlich sein? Soll je nach tatsächlicher Gegebenheit der Wohnsituation also entweder ein einheitlicher Prüfungsmaßstab und ein einheitliches Verfahren nach Art. 13 II GG oder ein doppelspuriges, an den Voraussetzungen von Art. 13 II u n d III GG orientiertes Vorgehen vonnöten sein?

Eine Unterscheidung von "Betreten" und "Durchsuchen" mit der Folge unterschiedlicher Beurteilung nach Art. 13 GG wird folglich abgelehnt. Sie ist - jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang - weder von der Verfassung geboten, noch ist sie praktikabel und sinnvoll.

---

1) Siehe Alternativkommentar-Berkemann, Art. 13 GG, Rn. 47: "Ein Eindringen mit dem Ziel ... der Wegnahme von Sachen wird stets eine Durchsuchung im verfassungsrechtlichen Sinne sein"; so wohl auch Behr, DGVZ 1980, 49 (51); Zöller-Scherübl, § 758 ZPO, Anm. II, 2.

2) Vgl. auch Dagtoglou, JuS 1975, 753 (756) mit weiteren Beispielen; Gentz, DVBl 1968, 75; Behr, DGVZ 1980, 49 (51).

Verfassungsrechtliche Grundlage für den Eingriff in das Wohnungsrecht des Dritten kann somit ausschließlich Art. 13 II GG sein, einerlei, ob der Gerichtsvollzieher einen Raum nur durchschreitet, ihn betritt oder im engeren Sinne in ihm "sucht". Folglich ist ein Eingriff in die durch Art. 13 GG geschützte Wohnungsfreiheit nur unter den durch Art. 13 II GG statuierten Voraussetzungen zulässig.

Da eine Zwangsvollstreckung in einer gemeinschaftlich bewohnten Wohnung einen Eingriff in die Freiheit des Mitbewohners darstellt, bedarf dieser Eingriff nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes einer gesetzlichen Grundlage. Obwohl das Wort "Gesetz" nur im Zusammenhang mit der Durchsuchungsanordnung und den Durchsuchungsformen, nicht aber als Rechtsgrundlage der Durchsuchung in Art. 13 II GG verwendet wird, kann Art. 13 II GG selbst keinesfalls als Eingriffsgrundlage angesehen werden (1).

Art. 13 II GG wäre viel zu unbestimmt, um eine hinreichende Rechtsgrundlage für Durchsuchungen abzugeben (2). Es widerspräche ferner dem Grundsatz der Gewaltenteilung, wenn der R i c h t e r von sich aus nach freiem Ermessen Durchsuchungen zu allen denkbaren Zwecken sollte anordnen können,

---

1) Gentz, Die Unverletzlichkeit der Wohnung, S. 72 f; Alternativkommentar-Berkemann, Art. 13 GG, Rn. 49: "Der Richtervorbehalt ersetzt nicht die Notwendigkeit einer einfachgesetzlichen Durchsuchungsermächtigung ..."; Gusy, JuS 1980, 718 (720); siehe auch Lisken DRiZ 1979, 277.

2) Gentz, a.a.O., S. 72

ohne bezüglich der Voraussetzungen an einen gesetzlichen Maßstab gebunden zu sein (1).

Eine selbständige Begrenzung eines Grundrechtes durch die Rechtsprechung ist unzulässig (2).

Eine einfachgesetzliche Ermächtigungsgrundlage ist daher unentbehrlich.

c.) Mögliche einfachgesetzliche Ermächtigungsgrundlagen

Als einfachgesetzliche Ermächtigungsgrundlagen kommen § 758 ZPO, § 739 ZPO analog und Gewohnheitsrecht in Betracht.

aa) § 758 ZPO als Ermächtigungsgrundlage

§ 758 ZPO gestattet dem Gerichtsvollzieher nach BVerfGE 51, 97 grundsätzlich, d.h. wenn nicht Gefahr im Verzug gegeben ist, nur nach vorheriger richterlicher Anordnung die Wohnung des Schuldners zu durchsuchen. Fraglich ist, ob diese Norm damit auch Eingriffe in die Sphäre eines Dritten deckt.

Rechtsprechung und Literatur, die dies bejahen, berufen sich darauf, daß es sich auch

---

1) Vgl. Gentz, Die Unverletzlichkeit der Wohnung, S. 73; Knemeyer, NJW 1967, 1353 (1356); siehe auch Prümm, Verfassung und Methodik, S. 207, der darauf hinweist, daß den Gerichten ein Handeln ohne gesetzliche Grundlage versagt ist, wo die Verfassung zwar eine bestimmte Regelung fordert, diese jedoch in den Freiheitsbereich von Bürgern eingreift.

2) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 314, S. 126.

bei einer gemeinschaftlich benutzten Wohnung um eine Wohnung des Schuldners handele (1).

Eine derartige Interpretation stößt aber auf starke Bedenken. Das Ergebnis bewegt sich in vielen Fällen nicht mehr im Rahmen einer zulässigen extensiven Auslegung, da die mögliche Wortsinngrenze, jenseits derer keine Auslegung, sondern allenfalls eine Rechtsfortbildung in Betracht kommt, überschritten ist.

Wenn der Gerichtsvollzieher beispielsweise ein Durchgangszimmer, das im Besitz eines Dritten steht, durchschreiten muß, um in den Raum des Schuldners zu gelangen, kann in bezug auf dieses Zimmer wohl kaum noch von "Wohnung des Schuldners" gesprochen werden. Die Zuordnung erfolgt bei einem ausschließlich oder überwiegend von einem bestimmten Wohngemeinschaftsmitglied benutzten Raum nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nur in bezug auf diese eine Person und nicht zugleich auch auf die anderen Mitbewohner.

Da bei dieser Fallkonstellation der Eingriff in den Wohnbereich des Dritten nicht mehr von dem noch möglichen Wortsinn des § 758 ZPO ("Wohnung des Schuldners") gedeckt ist, kommt § 758 ZPO insoweit als Ermächtigungsgrundlage nicht in Betracht.

---

1) Siehe oben S. 29.

Bei gemeinschaftlich genutzten Räumen oder Wohnungen wie beispielsweise den Gemeinschaftsräumen bei Wohngemeinschaften oder der Wohnung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, bei denen eine spezielle Zuordnung zu einer Person nicht vorgenommen wird, ist dies unter Umständen anders. Bei einer derartigen gemeinschaftlichen Nutzung kann nach dem Sprachgebrauch die Wohnung noch als "Wohnung des Schuldners" aufgefaßt werden, auch wenn er dort nicht alleine wohnt, sondern sie gleichzeitig die Wohnung eines Dritten ist. Eine Interpretation des § 758 ZPO als Ermächtigungsgrundlage für den Eingriff in die Wohnung ist daher bei einer derartigen Konstellation noch vom Wortlaut der Vorschrift insofern gedeckt, als von "Wohnung auch des Schuldners" gesprochen werden kann.

Fraglich ist aber, ob die hieraus gezogene Schlußfolgerung haltbar ist, daß durch § 758 ZPO ein Eingriff in die Rechte des Dritten aus Art. 13 GG gedeckt sei. Denn die Einstufung als "Wohnung auch des Schuldners" ändert nichts daran, daß es sich bei der Wohnung gleichzeitig um die Wohnung des Dritten handelt, so daß auch insofern der Schutz des Art. 13 GG besteht (1).

Da § 758 ZPO den Eingriff in das durch Art. 13 GG geschützte Rechtsgut rechtfertigen soll, ist der Begriff Wohnung in dieser Vorschrift in dem gleichen Sinn zu verstehen wie in Art. 13 GG.

---

1) Siehe oben S. 38.

Art. 13 GG gewährleistet das Recht, in Ruhe gelassen zu werden (1). Er garantiert die Achtung einer Privatsphäre, die gegenüber dem Staat Exklusivität schafft (2).

Da Art. 13 GG ein persönliches Freiheitsrecht ist (3), ist Schutzgut der Wohnungsfreiheit nicht die Wohnung in ihrer räumlich-dinglichen Dimension um ihrer selbst willen, sondern die dort gewährleistete ungestörte "Privatheit" (4), die weniger aus tradierten sachenrechtlichen Zuordnungskriterien, als vielmehr aus der "sozial zuerkannten Definitionsmacht", über die Zugänglichkeit zu der Wohnung verbindlich zu entscheiden, gefolgert werden kann (5).

Wenn man sich diesen verfassungsrechtlich determinierten Sinn des Begriffs Wohnung vergegenwärtigt, wird erkennbar, daß § 758 ZPO nicht als Ermächtigungsgrundlage anzusehen ist, welche die Eingriffe in den Bereich des Dritten rechtfertigen kann, selbst wenn der Dritte diesen Bereich mit dem Schuldner zusammen bewohnt.

Die Privatheit des einen kann nicht zugleich die Privatheit eines anderen sein. Sie ist in dem Sinne unteilbar, daß sie nicht gleich

---

1) Siehe oben S. 37, Fn. 2.

2) Alternativkommentar-Berkemann, Art. 13 GG, Rn. 18.

3) Vgl. J.-D. Kühne, Grundrechtlicher Wohnungsschutz und Vollstreckungsdurchsuchungen, S. 23.

4) Alternativkommentar-Berkemann, Art. 13 GG, Rn. 5.

5) Alternativkommentar, a.a.O., Rn. 14.

zeitig mehreren Personen zugeordnet werden kann. Wenn § 758 ZPO wegen der verfassungsrechtlichen Bedeutung der Wohnungsfreiheit damit sinngemäß so verstanden werden muß, daß er den Gerichtsvollzieher ermächtigt, zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in die "Privatheit des Schuldners" einzugreifen, wird deutlich, daß diese Vorschrift nicht zugleich auch dazu ermächtigt, in die Privatheit des Dritten einzudringen.

§ 758 ZPO kann folglich nicht als Ermächtigungsgrundlage angesehen werden, der den Eingriff in den durch Art. 13 GG geschützten Bereich des Dritten legitimiert, auch wenn der Gerichtsvollzieher gemeinschaftlich vom Schuldner und Dritten genutzte Wohnungen oder Räume zum Zwecke der Zwangsvollstreckung betritt oder durchsucht.

Dieses Ergebnis läßt sich durch ein systematisches Argument erhärten: In der Strafprozeßordnung ist die Duldungspflicht des Dritten durch eine besondere gesetzliche Grundlage, nämlich § 103 StPO, eigens normiert und unterschieden von der Ermächtigungsgrundlage gegenüber dem Verdächtigen selbst in § 102 StPO.

Unbeschadet der Tatsache, daß sich die herrschende Ansicht bei einem Mitgewahrsam mehrer Personen an einer Wohnung mit den schwächeren Voraussetzungen des § 102 StPO begnügt, wenn auch nur ein Mitbewohner verdächtig ist (1), wird durch die Existenz

---

1) KMR-Müller, Kommentar zur Strafprozeßordnung, § 102 StPO, Rn. 2; Loewe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, § 102 StPO, Rn. 12; vgl. aber auch Krause, NJW 1974, 303.

des § 103 StPO verdeutlicht, daß der Gesetzgeber in diesem Rechtsgebiet eine besondere Regelung zur Verfügung gestellt hat, die ihrem Wortlaut nach gerade auf den Dritten abzielt.

Auch dies spricht dafür, eine Norm auf dem Gebiet des Zivilprozeßrechts, die ihrem Wortlaut nach nur die Wohnung des Schuldners betrifft, nicht so zu interpretieren und anzuwenden, als ob sie zwei Fallkonstellationen regele, für die der Gesetzgeber in einem anderen Rechtsgebiet zwei, an unterschiedliche Voraussetzungen gebundene Regelungen vorgesehen hat.

bb) Ermächtigung infolge einer analogen Anwendung von § 739 ZPO

Eine Ermächtigungsgrundlage für den mit der Zwangsvollstreckung verbundenen Eingriff in das durch Art. 13 GG geschützte Wohnungsrecht des Dritten könnte sich aus § 739 ZPO in einer analogen Anwendung ergeben.

Nach § 739 ZPO gilt für die Durchsuchung der Zwangsvollstreckung nur der Schuldner als Gewahrsamsinhaber und Besitzer, wenn zugunsten der Gläubiger eines Ehemannes oder der Gläubiger einer Ehefrau gemäß § 1362 BGB vermutet wird, daß der Schuldner Eigentümer beweglicher Sachen ist. § 739 ZPO stellt damit eine Regelung dar, die die Zwangsvollstreckung eines Gläubigers gegen einen verheirateten Schuldner erleichtert. Hintergrund dieser Vorschrift ist die Einsicht, Besitzverhältnisse verheirateter Schuldner schwerer beurteilen zu

können als diejenigen Alleinstehender. Die Gefahr für den Gläubiger, nicht wirkungsvoll, d.h. nicht zügig vollstrecken zu können, wäre ohne § 739 ZPO groß, da der nichtschuldende Ehegatte, der fast immer zumindest Mitgewahrsam (1) an den Gegenständen in der ehelichen Wohnung hat, die Pfändung durch seinen Widerspruch verhindern könnte (2). § 739 ZPO ist die einzige Norm, die eine für den Gläubiger erleichterte Vorgehensweise bei der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner erlaubt, der mit einem Dritten zusammenlebt. Sie betrifft ihrem klaren Wortlaut nach allerdings nur die Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten, so daß allenfalls eine analoge Anwendung in Betracht zu ziehen ist.

Da die Vermischung von Hab und Gut und das "Wirtschaften aus einem Topf" bei eheähnlichen Gemeinschaften für den Gläubiger ähnliche Schwierigkeiten wie bei verheirateten Schuldnern mit sich bringt, wird vereinzelt die analoge Anwendung von § 739 ZPO auf diese "Rentenkonkubinate" (3) befürwortet (4). Ganz überwiegend wird hingegen eine derartige Analogie abgelehnt (5).

---

1) Nach ganz herrschender Meinung ist § 809 ZPO auch bei bloßem Mitgewahrsam anwendbar; siehe Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, § 739 ZPO, Anm. 1 b; Gerhardt, Vollstrekkungsrecht, S. 87.

2) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Zivilprozeßordnung, § 739 ZPO, Anm. 1 A.

3) Brox, FamRZ 1981, 1125 (1128).

4) Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, S. 65; Münchener Kommentar-Wacke, § 1362 BGB, Rn. 11; vgl. auch AG Neukölln, DGVZ 1966, 24 f.

5) Brox, a.a.O., 1125 (1128); Scheld, DGVZ 1983, 65 (71); Gerhardt, a.a.O., S. 87; Soergel-Siebert-Lange, Bürgerliches Gesetzbuch, § 1362 BGB, Rn. 3; →

Im folgenden soll daher untersucht werden, ob die Ablehnung einer analogen Anwendung von § 739 ZPO gerechtfertigt ist.

Bedenken gegen eine erweiterte Anwendung von § 739 ZPO im Wege der Analogie ergeben sich daraus, daß es kaum möglich sein dürfte, einen klar konturierbaren, analogen Tatbestand zu beschreiben. Die Befürworter einer analogen Anwendung betonen, daß eine Analogie nur "innerhalb enger Grenzen" (1) vorgenommen werden solle. Es werden jedoch keine Kriterien angegeben, durch welche die Personengruppen, auf die die Regelung des § 739 ZPO erstreckt werden soll, gekennzeichnet werden können. Daher verbleibt es im unklaren, ob lediglich an eine Erweiterung auf eheähnliche Gemeinschaften heterosexueller Partner oder auch auf eine solche gleichgeschlechtlicher Partner gedacht ist. Darüber hinaus ist bei einer Begrenzung auf "eheähnliche Gemeinschaften" (2) nicht recht einzusehen, aus welchem Grunde beispielsweise zwei Freundinnen oder Schwestern, die über einen gewissen Zeitraum hinweg zusammen eine Wohnung bewohnen und dort einen gemeinsamen Haushalt führen, von einer analogen Anwendung ausgenommen sein sollten. Schließlich wirtschaften auch

---

Erman - Heckelmann, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 1362 BGB, Rn. 11; Stein-Jonas-Münzberg, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, § 739 ZPO, Rn. 11; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Zivilprozeßordnung, § 739 ZPO, Anm. 1 B; Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, § 739 ZPO, Anm. 2c; Kabisch, DGVZ 1966, 25 (26); kritisch auch Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, S. 252.

1) Münchener Kommentar-Wacke, § 1362 BGB, Rn. 11.

2) Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, S. 65 f.

sie aus einem Topf. Ebenso wie bei eheähnlichen Gemeinschaften können sich auch bei ihnen von außen nicht durchschaubare Besitzverschiebungen ergeben, die die Position des vollstreckenden Gläubigers erschweren. Letztlich würden sich auch Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zu anderen Wohngemeinschaften ergeben. Obwohl auch bei ihnen das "Wirtschaften aus einem Topf" vorliegen mag, dürfte eine Vergleichbarkeit mit einem Ehepaar nicht mehr zulässig sein, wenn der Personenzusammenschluß über den Bereich einer Zweierbeziehung hinausgeht und mindestens drei Personen erfaßt.

Neben diesen Schwierigkeiten, einen analogiefähigen Tatbestand umschreiben zu können, träte die Zumutung für den Gerichtsvollzieher, die tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen der Zusammenlebenden klären zu müssen (1), und die Tatsache, daß es an einer Lücke im Gesetz fehlt. Denn der Gesetzgeber des Gleichberechtigungsgesetzes hat die Schutzvorschriften zugunsten des Gläubigers bewußt nur gegen Eheleute gerichtet, obwohl ihm die Existenz nichtehelicher Lebensgemeinschaften auch schon damals bekannt war (2).

Wenn man sich über diese Bedenken hinwegsetzte und die analoge Anwendung von § 739 ZPO bejahte, bliebe zu prüfen, ob § 739 ZPO auch eine Regelung in bezug auf

---

1) Gerhardt, Vollstreckungsrecht, S. 87; ders., ZZP 95, 467 (491).

2) Brox, FamRZ 1981, 1125 (1128).

die gemeinsam genutzte Wohnung und damit in bezug auf § 758 ZPO trifft. Zwar gilt nach dieser Bestimmung für die "Durchführung der Zwangsvollstreckung nur der Schuldner als Gewahrsamsinhaber und Besitzer"; auf der tatbestandlichen Seite bezieht sich § 739 ZPO aber eindeutig nur auf bewegliche Sachen, so daß § 739 ZPO nach ganz überwiegender Ansicht auch als eine Regelung in bezug auf die Gewahrsamsverhältnisse an beweglichen, nicht aber an unbeweglichen Sachen verstanden wird, die den Widerspruch des Dritten insbesondere nach § 809 ZPO als unbeachtlich erscheinen läßt (1).

Der Zusammenhang von Tatbestand und Rechtsfolge spricht demgemäß dagegen, in § 739 ZPO eine Regelung zu erblicken, die den Mitgewahrsam eines Dritten an einer Wohnung betrifft.

Schließlich mehren sich die Stimmen, denen zufolge § 739 ZPO selbst verfassungswidrig ist (2). Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab sind Art. 3 GG und Art. 6 GG. Wird die Gläubigerposition eines verheirateten Schuldners mit der Gläubigerstellung eines in nichtehelicher Gemeinschaft lebenden Schuldners verglichen (3), muß konstatiert werden, daß

---

1) Gerhardt, Vollstreckungsrecht, S. 89; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Zivilprozeßordnung, § 739 ZPO, Anm. 1 A u. B. u. Anm. 3; Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, § 739 ZPO, Anm. 1 u. 2d; anderer Ansicht aber Wieczorek, Großkommentar zur ZPO und zum GVG, § 739 ZPO, Anm. E I a.

2) Bosch, FamRZ 1963, 421 u. FamRZ 1968, 439; Brox, FamRZ 1981, 1125; Gerhardt, a.a.O., S. 88 f; ders., ZZP 95, 467 (491); Baur-Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Rn. 288, S. 133.

3) Brox, a.a.O., 1125 (1127).

eine unterschiedliche Behandlung beider Gläubigerpaare vorliegt. Während für den Ehegattengläubiger die Vermutung der §§ 1362 BGB, 739 ZPO streitet, muß ein Gläubiger der letzteren Gruppe nicht nur den Widerspruch des Dritten gemäß § 809 ZPO beachten, sondern auch die zugunsten des Dritten wirkende Vermutung des § 1006 BGB widerlegen. Der Ehegattengläubiger wird also bessergestellt als der Gläubiger eines Schuldners, der in Konkubinat lebt. Für diese unterschiedliche Behandlung läßt sich kein sachlich rechtfertigender Grund finden, der die Verfassungswidrigkeit am Maßstab des Gleichheitssatzes von Art. 3 GG vermeiden würde. Denn durch das Zusammenleben werden sowohl bei Ehegatten als auch bei den Partnern einer nichtehelichen Gemeinschaft die Besitzverhältnisse in gleicher Weise tatsächlich vermischt und die Möglichkeit der Feststellung der wahren Besitzverhältnisse für den Gläubiger, der vollstrecken möchte, erschwert (1).

Allenfalls könnte § 739 ZPO damit gerechtfertigt werden, daß das Bestehen einer Ehe leichter feststellbar sei als das Bestehen einer nichtehelichen Gemeinschaft (2).

Dieser Grund allein vermag aber - einmal vorausgesetzt, daß dieser Unterschied im Tatsächlichen wirklich besteht - angesichts der überwiegenden Strukturgleichheit, dem Wirtschaften "aus einem Topf", die Verfassungsmäßigkeit am Maßstab von Art. 3 GG im Sinne

---

1) Brox, FamRZ 1981, 1125 (1126).
2) Ders., a.a.O., 1125 (1127).

eines vernünftigen Grundes nicht zu garantieren.

Durch Art. 6 GG wird die dem Gesetzgeber nach Art. 3 GG eingeräumte Gestaltungsfreiheit eingeschränkt (1). Gegenüber dem durch Art. 6 GG geschaffenen besonderen Schutzgebot von Ehe und Familie vermag der Einwand, daß das Bestehen einer Ehe leichter festzustellen sei als das Bestehen einer Ehe ohne Trauschein, nicht zu überzeugen. Der Vorrang verfassungsrechtlicher Wertentscheidungen verbietet es, Praktikabilitätserwägungen unter Verletzung solcher Wertentscheidungen als ausschlaggebend obenan zu stellen (2).

Aber auch dann, wenn man auf Seiten des Dritten Vergleichspaare bildet, muß man feststellen, daß der nichtschuldende Ehegatte schlechter gestellt ist als der in nichtehelicher Gemeinschaft liierte Dritte. Zwar führt noch längst nicht jede Benachteiligung von Ehegatten gegenüber anderen Personen zu einer Verfassungswidrigkeit (3); aber es muß doch ein einleuchtender Grund ersichtlich sein, der die Schlechterstellung des Ehegatten, der nach Art. 6 GG unter dem besonderen Schutz des Staates steht, rechtfertigen kann. Da ein

---

1) Brox, FamRZ 1981, 1125 (1127).

2) BVerfGE 6, 55 (83); 13, 290 (316); Brox, a.a.O., 1125 (1127).

3) In diese Richtung zielt Schumann, NJW 1981, 1031 (1032).

derartiger Grund nicht darin gesehen werden kann, daß das Bestehen einer Ehe leichter feststellbar sei und sich beide Gruppen nur durch die Eheschließung unterscheiden, ist der durch Art. 6 GG eingeschränkte Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei Art. 3 GG durch die §§ 1362 BGB, 739 ZPO überschritten (1).

Das Ergebnis der Verfassungswidrigkeit der §§ 1362 BGB, 739 ZPO ließe sich allerdings verhindern, wenn man diese Vorschriften verfassungskonform oder analog auf nichteheliche Lebensgemeinschaften anwenden könnte (2). Hiergegen sprechen aber die bereits oben (3) erörterten Einwände.

Eine Erstreckung auf nichteheliche Lebensgemeinschaften im Wege der Analogie würde zudem in den Gestaltungsfreiraum des Gesetzgebers eingreifen, dem es unbenommen ist, auf welche Art und Weise er die Ungleichbehandlung behebt (4). So könnte die unbillige Ungleichbehandlung beispielsweise entweder dadurch beseitigt werden, daß §§ 1362 BGB, 739 ZPO aufgehoben würden oder dadurch, daß nichteheliche Lebensgemeinschaften mit in diese Vorschriften aufgenommen würden (5).

Letztlich bestehen aber auch starke verfassungsrechtliche Bedenken, § 739 ZPO analog als Ermächtigungsgrundlage anzusehen. Aus

---

1) Brox, FamRZ 1981, 1125 (1127).
2) Ders., a.a.O., 1125 (1127).
3) Siehe oben S. 73 ff.
4) Brox, a.a.O., 1125 (1128).
5) Vgl. ders., a.a.O., 1125 (1128).

dem Bestimmtheitserfordernis, das Teil des Rechtsstaatsprinzips ist (1), und dem Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes ist zu folgern, daß die Anwendung einer Norm im Wege der Analogie nicht als Grundlage für Eingriffe in Freiheit und Eigentum führen darf. Wenn die Grenze des noch möglichen Wortsinns überschritten ist - und dies ist bei einer Analogie definitionsgemäß stets der Fall - kann von den normunterworfenen Bürgern die Verwendung einer Bestimmung als Ermächtigungsgrundlage in keinerlei Weise voraus gesehen werden. Im Ergebnis würde eine analoge Anwendung von § 739 ZPO zu einem Eingriff in die Rechtssphäre des Betroffenen ohne gesetzliche Grundlage führen, da der Eingriff nicht mehr von dem noch möglichen Wortsinn gedeckt wäre (2).

§ 739 ZPO analog vermag daher keine Ermächtigungsgrundlage zu bilden, die den Eingriff des Gerichtsvollziehers bei der Zwangsvollstreckung in den durch Art. 13 GG geschützten Bereich des Dritten rechtfertigen kann.

cc) Ermächtigung infolge Gewohnheitsrechts

Zu untersuchen bleibt, ob die Zwangsvollstrekkung in den Räumen Dritter infolge Gewohnheitsrechts zulässig ist.

---

1) Siehe unten S. 148 Fn. 1.

2) So zutreffend Baur-Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Rn. 288, S. 123.

Man kann davon ausgehen, daß die Vollstrekkungspraxis es bis Anfang der siebziger Jahre nahezu unwidersprochen für zulässig hielt, zum Zwecke der Zwangsvollstreckung auch Räume zu betreten und zu durchsuchen, die im Allein- oder Mitgewahrsam eines Dritten stehen. Im Jahre 1934 führte das Landgericht Dresden aus, der Gerichtsvollzieher könne Räume Dritter notfalls mit Gewalt betreten, um zur Zwangsvollstreckung in Sachen zu schreiten, die im Alleingewahrsam des Schuldners stehen. "Wo jederman beim Schuldner aus- und eingehen darf, auch wenn dadurch Räume anderer berührt werden, darf nicht ausgerechnet dem Organ des Staates der Zutritt verwehrt werden" (1).

Ein Ansatzpunkt für die Bildung von Gewohnheitsrecht - die ständige praktische Übung über einen längeren Zeitraum hinweg - ist damit vorhanden, wenngleich die Zahl der bekannten Entscheidungen zu gering sein dürfte, um auf das zweite Erfordernis für die Bildung von Gewohnheitsrecht, die allgemeine Rechtsüberzeugung, schließen zu können (2).

Problematisch ist aber vor allem, ob die Einschränkung eines Grundrechts durch Gewohnheitsrecht - unterstellt es bestünde - verfassungsrechtlich zulässig ist.

---

1) LG Dresden, JW 1935, 816; zustimmend Mager, DGVZ 1967, 132.

2) Vgl. BVerfGE 34, 293 (304), wo das Gericht die Anzahl von vier einschlägigen Entscheidungen als zu klein bezeichnet.

Art. 13 II GG selbst schweigt sich darüber aus, ob für die Durchsuchungsanordnung des Richters ein Gesetz Voraussetzung ist (1). Dem Wortlaut der Vorschrift kann daher auch nicht entnommen werden, ob ein Gesetz im formellen oder ein Gesetz im materiellen Sinne erforderlich ist.

Von Dagtoglou wird lediglich ein Gesetz im materiellen Sinne verlangt, wozu er neben Verordnungs- und Satzungsrecht auch vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht zählt (2). Diese Ansicht begründet er als argumentum a contrario aus Art. 104 GG. Dort werde ausdrücklich ein förmliches Gesetz als Rechtsgrundlage verlangt, so daß man wegen der großen Ähnlichkeiten von Art. 104 GG und Art. 13 GG im übrigen zu diesem Ergebnis für Art. 13 II GG im Wege des Umkehrschlusses gelangen müsse.

Diese Argumentation ist nicht überzeugend. Wenn im eigentlichen Grundrechtsteil der Terminus Gesetz verwandt wird, besteht eine Vermutung dafür, daß hiermit ein Gesetz im formellen Sinne gemeint ist (3). Denn Sinn des Gesetzesvorbehalts für Eingriffe in Freiheit und Eigentum war und ist es, daß solche Eingriffe nur durch die von den

---

1) Siehe oben S. 65.

2) Dagtoglou,Bonner Kommentar, Art. 13 GG, Rn. 80.

3) Gentz, Die Unverletzlichkeit der Wohnung, S. 73; Wernicke, Bonner Kommentar, Art. 13 GG, Erl. II 16 u. II 1 f, sowie Art. 2 GG, Erl II 2; Hamann, Art. 19 GG, Anm. B 2 d; v.Mangoldt-Klein, Art. 2 GG, Anm. VII 1 sowie Art. 19 GG, Anm. III 3.

betroffenen Bürgern gewählten und mit Bürgern besetzten Parlamente beschlossen werden (1).

Allerdings ist auch dann, wenn man als Grundlage für Eingriffe nach Art. 13 II GG ein Gesetz im formellen Sinn verlangt, noch nicht endgültig entschieden, ob nicht daneben vorkonstitutionelles Recht zulässig sein kann (2). Das Bundesverfassungsgericht hat des öfteren anerkannt, daß vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht eine wirksame Ermächtigungsgrundlage auch dort schaffen kann, wo vom Grundgesetz ein Gesetz im formellen Sinne gefordert wird (3). Dies wird damit begründet, daß es insoweit bei dem Prinzip des Art. 123 GG als Regel verbleibe (4). Zu beachten ist jedoch, daß alle diese Entscheidungen zu Art. 12 GG ergangen sind, während in einer zu Art. 13 GG ergangenen Entscheidung ausgeführt wird, daß gegen die Annahme gewohnheitsrechtlicher Beschränkungen von Freiheitsrechten angesichts der vom Verfassungsgeber jeweils sorgfältig dem Wesen der einzelnen Grundrechte angepaßten Schrankenregelung grundsätzliche Bedenken bestünden (5).

Dementsprechend hält auch die herrschende Meinung bei Art. 13 GG Eingriffsermächti-

---

1) Gentz, Die Unverletzlichkeit der Wohnung, S. 73 u. 120.

2) Alternativkommentar-Berkemann, Art. 13 GG, Rn. 40.

3) BVerfGE 34, 293 (303); 28, 21 (28); 22, 114 (121); 16, 214 (218); 15, 226 (233).

4) BVerfGE 34, 293 (303); 9, 338 (343).

5) BVerfGE 32, 54 (75).

gungen aufgrund von Gewohnheitsrechten nicht für zulässig (1).

Dieser herrschenden Meinung ist beizupflichten. Sie ist hier um so überzeugender, als auf dem Gebiet des Prozeßrechts ein gesteigertes Gebot der Formstrenge gilt (2) und Art. 13 GG mit seinen relativ weiten Eingriffsermächtigungen in seinen Absätzen II und III als abschließende Regelung zu verstehen ist (3).

Die Zwangsvollstreckung in den Räumen Dritter kann daher nicht in zulässiger Weise mit Gewohnheitsrecht legitimiert werden.

4) Zusammenfassung

Zusammenfassend kann daher als Ergebnis der Auseinandersetzung mit der herrschenden und Guntaus Ansicht festgehalten werden, daß die Zwangsvollstreckung des Gerichtsvollziehers durch die dort vorgetragenen Argumente nicht gerechtfertigt werden kann. Es wird kein Weg aufgezeigt, auf dem das durch Art. 13 GG geschützte Recht des dritten Mitbewohners in zulässiger Weise eingeschränkt werden kann.

---

1) J.-D. Kühne, Grundrechtlicher Wohnungsschutz und Vollstreckungsdurchsuchungen, S. 74; Knemeyer, NJW 1967, 1353 (1356); v. Münch-Pappermann, Grundgesetz - Kommentar, Art. 13 GG, Rn. 23; Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Kommentar, Art. 13 GG, Rn. 22; Gentz, Die Unverletzlichkeit der Wohnung, S. 74; Alternativkommentar-Berkemann, Art. 13 GG, Rn. 40.

2) BVerfGE 15, 226 (233); 9, 109 (117).

3) Siehe oben S. 53 f.

II. Stellungnahme zu der Ansicht, die die Zwangsvollstreckung für unzulässig hält

Bereits bei der Auseinandersetzung mit der herrschenden Ansicht ist deutlich geworden, daß die Kritik der abweichenden Meinung in entscheidenden Punkten Zustimmung verdient und daß das Ergebnis der herrschenden Ansicht mit der von ihr vorgetragenen Argumentation nicht haltbar ist. Insbesondere ist festgestellt worden, daß der Schutzbereich des Art. 13 GG beeinträchtigt ist, wenn der Gerichtsvollzieher die vom Schuldner und Dritten gemeinsam bewohnte Wohnung ohne das Einverständnis des Dritten zum Zwecke der Zwangsvollstreckung betritt und daß eine Ermächtigungsgrundlage für diesen Eingriff von der herrschenden Ansicht nicht aufgezeigt worden ist.

Im folgenden sind zunächst die übrigen Bedenken der abweichenden Ansicht gegen die Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckung bei Wohngemeinschaften auf ihre Stichhaltigkeit hin zu untersuchen, bevor sodann zu den angebotenen Lösungsvorschlägen Stellung genommen wird.

1) Der nach § 809 ZPO zu berücksichtigende Mitgewahrsam des Mitbewohners

§ 809 ZPO regelt die "Pfändung von Sachen", umschreibt also die Voraussetzungen, unter denen der Zugriff auf bestimmte Vermögensobjekte mit dem Ziel der eventuellen späte-

ren Zwangsverwertung stattfinden darf. Wenn der Gerichtsvollzieher die Wohnung zum Zwekke der Zwangsvollstreckung betritt und durchsucht, geschieht dies mit dem Ziel, dort bewegliche Sachen zu pfänden, nicht jedoch, um auf die Wohnung, eine unbewegliche Sache, als Vermögensobjekt zugreifen zu können. § 809 ZPO zielt daher jedenfalls nicht direkt auf die vorliegende Problematik ab.

Aus dem Erfordernis der Zustimmungsbedürftigkeit gemäß § 809 ZPO, das auch bei blossem Mitgewahrsam gilt (1), lassen sich aber auch keine indirekten Folgerungen für die hier in Rede stehende Problemstellung ableiten (2). Der geschützte (Mit-)Gewahrsam bezieht sich immer auf eine konkrete, bewegliche Sache. Der Gerichtsvollzieher kann erst in der Wohnung, nicht aber von außen beurteilen, welche Gewahrsamsverhältnisse an den einzelnen Gegenständen bestehen (3). Grundsätzlich kann zwar davon ausgegangen werden, daß Schuldner und Dritter gemeinsamen Gewahrsam an den von ihnen benutzten R ä u m e n haben, nicht aber davon, daß auch gemeinsamer Gewahrsam an der gesamten darin befindlichen Fahrnis besteht (4).

---

1) Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, § 809 ZPO, Anm. 1 b.

2) Siehe auch Guntau, DGVZ 1982, 17 (18).

3) Siehe AG Berlin-Charlottenburg, DGVZ 1982, 189 (190); Anmerkung der Schriftleitung, DGVZ 1979, 158.

4) Kabisch, DGVZ 1963, 17 (19): "Raumgewahrsam ist nicht gleich Sachgewahrsam". Allerdings mögen sich teilweise unter anderem auch Hinweise aus der Raumzugehörigkeit ergeben. Dies kann aber jeweils nur

Ebenso wenig wie sich Schlüsse aus dem Raum- auf den Sachgewahrsam oder umgekehrt ziehen lassen, ist es angebracht, aus § 809 ZPO Folgerungen für die Zustimmungsbedürftigkeit des Dritten für einen Eingriff in sein Wohnrecht zu ziehen. Denn § 809 ZPO grenzt den Kreis der Vermögensobjekte ab, die der Gerichtsvollzieher pfänden darf und stellt somit eine Regelung in bezug auf Art. 14 GG dar. Er besagt aber nichts über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung an einem bestimmten Ort und trifft mithin keinerlei Regelung in bezug auf Art. 13 GG. Letzteres ist vielmehr alleine § 758 ZPO vorbehalten.

2) Die Zustellung des Urteils nach § 750 ZPO

Nach § 750 ZPO darf die Zwangsvollstreckung nur beginnen, wenn die Personen, für und gegen die sie stattfinden soll, in dem Urteil oder in der Klausel namentlich bezeichnet sind und das Urteil bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird.

Der Sinn dieser Vorschrift ist, "dem im Klauselerteilungsverfahren nicht notwendig beteiligten Schuldner durch eine Information über alle die Leistungspflicht begründenden

---

im Einzelfall geschehen; vgl. hierzu LG Berlin, MDR 1975, 939; siehe auch AG Tübingen, DGVZ 1973, 141 (142): "Denn die Tatsache, daß mehrere zusammen eine Wohnung bewohnen, besagt ja noch lange nicht, daß alle darin befindlichen Sachen in Mitgewahrsam der Bewohner stehen".

Umstände letztmalig eine Gelegenheit zur Leistung oder zu Einwänden zu geben" (1). § 750 ZPO ist damit eine Schutzvorschrift zugunsten des Schuldners und desjenigen, auf dessen Vermögensobjekte bei der Zwangsvollstreckung zurückgegriffen werden soll, nicht aber eine Schutzvorschrift zugunsten eines Dritten.

Weder der Wortlaut noch der Sinngehalt von § 750 ZPO ergeben damit Hinweise für die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung in einer von mehreren Personen gemeinschaftlich bewohnten Wohnung. Der Mitbewohner wird dadurch, daß der Gerichtsvollzieher die gemeinsam bewohnte Wohnung betritt und durchsucht, zwar mitbetroffen; er wird hierdurch aber keinesfalls zum Vollstreckungsschuldner. Seinem oben skizzierten Sinn nach läßt sich der Gedanke des § 750 ZPO für die hier in Rede stehende Problematik nicht fruchtbar machen, da der Dritte gar kein Interesse an der Information "über alle die Leistungspflicht begründenden Umstände" hat. In seine Vermögenssphäre soll nicht eingegriffen werden. Eine Leistungspflicht des Dritten, gegen die er sich verteidigen müßte, steht nicht zur Debatte.

Die Unzulässigkeit des Wohnungseingriffs durch den Gerichtsvollzieher ohne das Ein-

---

1) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Zivilprozeßordnung, Einführung vor §§ 750-751 ZPO, Anm. 1.

verständnis aller Mitbewohner läßt sich daher nicht auf § 750 ZPO stützen.

3) Unverhältnismäßigkeit

Das Amtsgericht München (1) ist der Ansicht, die Durchsuchung der Wohnung eines Dritten sei schon deshalb unzulässig, weil sie gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoße.

Diese nicht näher begründete Behauptung scheint auf den ersten Blick verblüffend einfach und richtig zugleich zu sein. Seit der mit Verfassungsrang ausgestattete Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit Hilfe des Bundesverfassungsgerichts Eingang in das zivilprozessuale Vollstreckungsrecht gefunden hat (2), wird dieser dem Verwaltungs- und Verfassungsrecht entstammende Kontrollmaßstab auch hier eine zunehmend beliebtere Argumentationsfigur (3).

Dabei ist eine unreflektierte und undifferenzierte Übernahme dieses Instituts auf das Gebiet der zivilprozessualen Zwangsvollstrekkung keineswegs unproblematisch. Denn auch die Kennzeichnung als "Eingriffsverhältnis" und die Zuordnung dieses Verhältnisses zum öffentlichen Recht darf nicht darüber hin-

---

1) AG München, DGVZ 1981, 117 (118).

2) BVerfGE 51, 97 (113); siehe auch das Sondervotum des Richters, Böhmer, BVerfGE 46, 228 (232).

3) Vgl. Fahland, VOP 1981, 328.

wegtäuschen, daß sich der Staat "zum Zwecke der Durchsetzung eines privatrechtlichen Anspruchs eines Privaten gegen einen anderen zur Verfügung stellt und damit zur Bewährung der Privatrechtsordnung beiträgt" (1). Dieser Besonderheit gilt es Rechnung zu tragen, damit nicht, um mit Stürner zu sprechen, "durch den Schlauch des Äol die klarsten zivilrechtlichen Ansprüche im Winde von Übermaßverbot und Güterabwägung schwanken und zerknicken" (2).

Unabhängig von der kontrovers diskutierten Frage, ob die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch BVerfGE 51, 97 gemäß § 31 BVerfG verbindlich festgeschrieben ist (3), muß jedoch beachtet werden, daß alle Rechtspflegeorgane in jedem Stadium des Verfahrens gemäß Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht gebunden sind (4) und daß die staatlichen Organe bei der Zwangsvollstreckung "nicht aus einem vom Gläubiger abgeleiteten Recht, sondern kraft staatlicher Hoheitsgewalt han-

---

1) Gaul, DRPfleger 1971 (42); siehe auch ders., JZ 1974, 279 (284); Kissel, Arbeitsleben und Rechtspflege, in: Festschrift für Gerhard Müller, S. 849 (860); Jauernig, Zwangsvollstreckung- und Konkursrecht, S. 9.

2) Stürner, NJW 1981, 1757 (1760).

3) Bejahend z.B. Peters, Die richterliche Anordnung zur Zwangsvollstreckung nach § 758 ZPO, in: Festschrift für Fritz Baur, S. 549; verneinend Gerhardt, ZZP 95, 467 (482).

4) Lippross, Grundlagen und System des Vollstreckungsschutzes, S. 135.

deln" (1). Daher ist es im Prinzip auch kaum streitig, d a ß der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch bei der zivilprozessualen Zwangsvollstreckung gilt (2). Heftig umstritten ist aber, wie diesem Grundsatz verfahrensmäßig Ausdruck verliehen werden kann und in welchem Ausmaß und mit welchen Konsequenzen er anzuwenden ist (3).

Um die Besonderheiten bei der zivilprozessualen Zwangsvollstreckung im Vergleich zu anderem staatlichen Handeln deutlich zu machen, erscheint es sinnvoll, sich folgendes zu vergegenwärtigen: Bei der zivilprozessualen Zwangsvollstreckung kommt es, anders als bei den klassischen Hoheitsakten im Verhältnis von Staat und Bürger, praktisch immer zu einer Grundrechtskollision zwischen der verfassungsrechtlich geschützten Rechtsschutzgarantie und der Eigentumsposition des Gläubigers und der grundrechtlich gesicherten

---

1) Lippross, Grundlagen und System des Vollstreckungsschutzes, S. 173; heute im Prinzip unstreitig vgl. RGZ 128, 81 (85); Baur-Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, S. 7, Rn. 10; Gerhardt, Vollstreckungsrecht, S. 8 u. 12; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Zivilprozeßordnung, § 753 ZPO, Anm. 1 A; Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, § 753 ZPO, Anm. 1.

2) Ablehnend aber Jauernig, Zwangsvollstrekkungs- und Konkursrecht, S. 9, mit der Begründung, der Grundsatz 'passe nicht' für das Verhältnis Gläubiger-Schuldner, in das sich der Staat nur einschalte, weil er dem Gläubiger die Selbsthilfe verbiete und durch kostenträchtige Staatshilfe ersetze; zurückhaltend auch Gerhardt, ZZP 95, 467 (482 ff und insbesondere 488, 490).

3) Vgl. Lippross, a.a.O., S. 173 ff m.w.N..

Position des Schuldners (1). Denn die oft erst mit viel Kosten- und Zeitaufwand vom Gericht dem Gläubiger zuerkannte Forderung unterliegt der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG (2), woraus ein grundrechtlich gewährleisteter Anspruch auf eine effektive Zwangsvollstreckung abzuleiten ist (3).

Mit der Kennzeichnung als Grundrechtskollision ist der Ausgangspunkt für die Findung einer Lösung zutreffend beschrieben (4). Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der allzu leicht dazu verleiten könnte, die positiven Regeln des Vollstreckungsrechts dadurch zu umgehen, daß man sie durch einen ausschließlich im vertikalen Denken von Über- und Unterordnungsverhältnis verhafteten Grundsatz ersetzt (5), wird bei einer derartigen horizontalen Betrachtungsweise von einer Grundrechtskollision exakter beschreibbar und handhabbar. Bei dieser Sichtweise wird auch

---

1) Gerhardt, ZZP 95, 467 (487); Lippross, Grundlagen und System des Vollstreckungsschutzes, S. 137; Baur-Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Rn. 11, S. 9.

2) BVerfGE 45, 142 (179); Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 358. Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, S. 9; Gerhardt, ZZP 95, 467 (468); Quack, DRPfleger 1978, 197 (198); Lippross, a.a.O., S. 118 u. 136.

3) BVerfGE 46, 325 (334); vgl. auch Dütz, Rechtstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, S. 132 und Bethge, NJW 1982, 1 (6); Lippross, a.a.O., S. 118; Gerhardt, ZZP 95, 467 (487); Guntau, DGVZ 1982, 17 (20).

4) Gerhardt, ZZP 95, 467 (487); Lippross, a.a.O., S. 137; vgl. auch Baur-Stürner, a.a.O., Rn. 11, S. 9.

5) Vgl. Gaul, JZ 1974, 279 (280).

verständlich, daß es dem Schuldner von der überwiegenden Ansicht zugemutet wird, die "Schaltstelle Staat" (1) anzurufen, indem er von Rechtsbehelfen und hier namentlich von § 765 a ZPO Gebrauch macht, um eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung auf einen Vorstoß gegen verfassungsrechtliche Grundsätze überprüfen zu lassen (2). Diese Meinung steht grundsätzlich auch durchaus im Einklang mit grundgesetzlichen Wertentscheidungen, denen das Menschenbild des 'mündigen Bürgers' zu entnehmen ist, dem es anheimgestellt ist, ob und wie er sein Recht verfolgt (3).

Bedenken gegen einen Verweis des Schuldners auf das Rechtsbehelfsverfahren nach § 765 a ZPO ergeben sich allerdings daraus, daß für die Erteilung des Vollstreckungsschutzes nach § 20 Nr. 17 RPflG der Rechtspfleger zuständig ist, während nach Art. 13 II GG der Richter zur Prüfung und Erteilung der Durchsuchungsanordnung berufen ist (4).

Diesen Überlegungen braucht im vorliegenden Zusammenhang aber nicht näher nachgegangen zu werden, da die hier zu beurteilende Grund-

---

1) H. Schneider, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten, S. 115.

2) So Peters, Die richterliche Anordnung zur Zwangsvollstreckung nach § 758 ZPO, in: Festschrift für Fritz Baur, S. 549 (557); Gerhardt, ZZP 95, 467 (487); Baur-Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Rn. 92, S. 56 u. 58; Brehm, DRPfleger 1982, 125 (127); anderer Ansicht Lippross, Vollstreckungsrecht, S. 135 f mit der Begründung, daß diese Ansicht der Regelung des Art. 1 III GG nicht gerecht werde.

3) Vgl. BVerfGE, DGVZ 1983, 37 (40 f).

4) Siehe Vollkommer, JA 1982, 286 (290).

rechtskollision nicht diejenige zwischen Gläubiger und Schuldner, sondern vielmehr diejenige zwischen dem Gläubiger und einem Dritten ist. Der Rechtsbehelf des § 765 a ZPO steht hingegen lediglich dem Schuldner der titulierten Forderung, nicht aber einem Dritten zur Verfügung. Dem Dritten ist es auch weit weniger als dem Schuldner zuzumuten, seine Rechte im Wege von Rechtsbehelfsverfahren durchzusetzen. Seine Position ist aus mehreren Gründen in besonderer Weise schützenswert.

Er ist weder Teil des sogenannten Vollstrekkungsverhältnisses, also des Verhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner, noch ist er überhaupt dem von Gerhardt als Dreieck skizzierten herkömmlichen Vollstreckungsbild von Schuldner, Gläubiger und staatlichem Vollstreckungsorgan (1) zuzuordnen. Er steht vielmehr außerhalb dieses Dreiecks.

Dem Ziel und Zweck der Richtervorschaltung gemäß Art. 13 II GG ist in bezug auf den Dritten in keinerlei Weise Rechnung getragen. Für den Dritten bestand, da er am Erkenntnisverfahren nicht beteiligt war, weder die Möglichkeit, auf dessen materielle Richtigkeit Einfluß zu nehmen, noch ist ihm die Entscheidung verkündet oder zugestellt worden. Ihm ist kein rechtliches Gehör gewährt worden, und für ihn wird der Zugriffsversuch des Gläubigers im Wege der Wohnungsdurchsuchung in vielen Fällen vollkommen über-

---

1) Gerhardt, Vollstreckungsrecht, S. 14.

raschend erfolgen. Deshalb sind in bezug auf den Dritten genau diejenigen Voraussetzungen erfüllt, die von J.-D. Kühne zutreffend als eigentlicher Regelungsgrund von Art. 13 GG bezeichnet werden: "Je überraschender der Wohnungseingriff bzw. je ungewisser seine Legitimität - je schwerwiegender also die Abstriche an bestimmten rechtsstaatlichen Anforderungen, desto mehr anderweitige Vorkehrungen müssen dafür Sorge tragen, daß das rechtsstaatliche Gesamtbild eines Wohnungseingriffs gewahrt wird" (1).

Schließlich kann dem Mitbewohner auch der Einwand nicht entgegengehalten werden, der für die Verhältnismäßigkeit der Wohnungsdurchsuchung insbesondere bei sogenannten Bagatellforderungen zu Recht öfter ins Feld geführt werden kann: Je geringer die titulierte Forderung des Gläubigers sei, desto eher könne die Zwangsvollstreckung und die Wohnungsdurchsuchung durch freiwillige Leistung abgewendet werden (2). Denn dem Dritten kann es schwerlich von der Rechtsordnung zugemutet werden, den Eingriff in seine Rechtssphäre nur durch eigene finanzielle Aufwendung auf eine fremde Schuld abzuwenden.

Diese das Schuldner-Gläubiger-Verhältnis betreffenden Argumentationen mögen in bezug

---

1) J.-D. Kühne, Grundrechtlicher Wohnungsschutz und Vollstreckungsdurchsuchungen, S. 49.

2) LG Konstanz, NJW 1980, 297; OLG Düsseldorf, NJW 1980, 1171;
Peters, Die richterliche Anordnung zur Zwangsvollstreckung nach § 758 ZPO, in: Festschrift für Fritz Baur, S. 549, 551.

auf Verhältnismäßigkeitsüberlegungen in dieser Konstellation schlüssig sein. Die Schmälerung der Rechtsposition des Dritten vermögen sie nicht zu begründen.

Allein entscheidend ist bei der Bewältigung der Grundrechtskollision zwischen dem vollstreckenden Gläubiger und dem die Wohnung des Schuldners mitbewohnenden Dritten das Bemühen, die Wirksamkeit b e i d e r Kollisionsgüter zu optimieren und sie in ein Verhältnis "praktischer Konkordanz" zu bringen (1). Danach müssen die Grundrechte aus Art. 13 GG und Art. 14 GG einander so zugeordnet werden, daß nach Möglichkeit keines der beiden ganz zurücktreten muß. Nur wenn dies nicht erreicht werden kann, ist "unter Berücksichtigung der falltypitschen Gestaltung und der besonderen Umstände des Einzelfalles zu entscheiden, welches Interesse zurückzutreten hat" (2).

Daraus ist zu folgern, daß der Wohnungsschutz des Dritten aus Art. 13 GG prinzipiell nicht zu einem Eigentumsverlust der durch Art. 14 GG geschützten Forderung des Gläubigers führen darf (3). Wenn die gemeinschaftlich bewohnte Wohnung aber der einzige

---

1) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 317 f, S. 127; vgl. auch H.Schneider, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten, S. 209 f.

2) BVerfGE 35, 202 (225).

3) Insoweit ist der Satz richtig, daß die Freiheit des einen nicht zur Unfreiheit des anderen werden darf, vgl. Guntau, DGVZ 1982, 17, 20 u. 22.

Ort ist, an dem vermögenswerte Rechtsgüter des Schuldners vorhanden sind, der Gläubiger sich also nicht durch den Zugriff auf außerhalb der Wohnung gelegene Vermögenswerte des Schuldners befriedigen kann, indem er beispielsweise eine Forderungspfändung durchführt, verlöre er im Endeffekt vollends seine durch Art. 14 GG geschützte Forderung, falls die Zwangsvollstreckung an dem Widerspruch des Dritten scheitern müßte. Ein derartiges Ergebnis, das die Realisierungsmöglichkeit eines Grundrechtes von vornherein vereiteln würde, stünde im Widerspruch zu dem Postulat, mittels praktischer Konkordanz oder Güterabwägung unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls einen optimalen Interessensausgleich herzustellen.

Die Wirksamkeit b e i d e r Kollisionsgüter, der durch Art. 13 GG geschützten Position des Dritten und der von Art. 14 GG gewährleisteten Gläubigerposition, kann vielmehr dadurch optimiert werden, daß man dann, wenn der Gläubiger Befriedigung durch eine Vollstreckung in außerhalb der Wohnung gelegene Vermögenswerte erlangen kann, die Zwangsvollstreckung in der von Schuldner und Dritten bewohnten Wohnung nicht zuläßt. Nur wenn sich ergibt, daß für den Gläubiger eine derartige Befriedigungsmöglichkeit ausscheidet und sich Vermögenswerte des Schuldners lediglich in der zusammen mit dem Dritten bewohnten Wohnung befinden, ist zu untersuchen, ob das Grundrecht des Gläubigers oder das des Dritten im Einzelfall weniger schützenswert ist und daher zurücktreten muß.

Bei der Gewichtung der Grundrechtspositionen aus Art. 13 GG und Art. 14 GG ist zu berücksichtigen, daß sich der Eingriff durch den Gerichtsvollzieher in den meisten Fällen auf ein Durchschreiten von Fluren oder Gemeinschaftsräumen beschränken würde, so daß die Beeinträchtigung der Privatsphäre des Dritten der Intensität des Eingriffs nach relativ gering wäre. Außerdem ist zu beachten, daß der Dritte aus der Beziehung mit dem Schuldner ein im Wege der Vertragsauslegung oder nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu folgerndes Recht gegenüber dem Schuldner hat, daß dieser die von außen drohende Beeinträchtigung der Privatsphäre durch den Gerichtsvollzieher vermeidet, indem er beispielsweise die in der Wohnung befindlichen Wertgegenstände dem Gerichtsvollzieher an der Wohnungstür aushändigt.

Während demnach der Eingriff in das durch Art. 13 GG geschützte Wohnrecht des Dritten räumlich, zeitlich und tatsächlich beschränkt bzw. beschränkbar ist, würde der Gläubiger seiner durch Art. 14 GG geschützten Position oft auf Dauer und in empfindlicher Weise beraubt. Wenn Grundrechte Dritter auch nicht mehr als unbedingt notwendig verkürzt werden dürfen (1) und die Position des Dritten aus den oben genannten Gründen (2) in besonderem Maße schützenswert ist, darf das durch Art. 14 GG geschützte Gläubigerrecht nicht dahinter vollständig zurücktreten und leerlaufen. Es ist vielmehr im Vergleich zu der

---

1) Blaesing, Grundrechtskollisionen, S. 102.

2) Siehe oben S. 93 f..

Grundrechtsposition des Dritten aus Art. 13 GG höher einzustufen - immer vorausgesetzt, daß der Wohnungseingriff für den Gläubiger die einzige Möglichkeit darstellt, seine Forderung zu realisieren (1). Dieses Ergebnis - Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in der gemeinschaftlich bewohnten Wohnung, wenn dies für den Gläubiger die ultima ratio darstellt -, das an dieser Stelle allerdings lediglich in bezug auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ohne Rücksicht auf andere Bedenken gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung insbesondere wegen des Fehlens einer Ermächtigungsgrundlage untersucht worden ist, muß Ausnahmen nur dann erfahren, wenn die Position des Dritten im konkreten Einzelfall höher zu bewerten ist, beispielsweise weil er oder ein Familienangehöriger so schwer krank ist, daß ihm eine Zwangsvollstreckung nicht zugemutet werden kann (2). Dann kann ein Zurücktreten der Gläubigerposition geboten sein, das in der Regel zwar nur das zeitweilige Verbot der Zwangsvollstreckung bedeuten wird, unter Umständen bei langer Krankheit des Dritten aber auch zu einem endgültigen Forderungsverlust des Gläubigers führen kann.

Daß durch diese Überlegungen zur praktischen Konkordanz und Güterabwägung der an der Grundrechtskollision beteiligten Positionen

---

1) Im Ergebnis auch Guntau, DGVZ 1982, 17 (22).

2) So auch Baur-Stürner, Zwangsvollstrekkungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Rn. 92, S. 57.

von Gläubiger und Drittem ein von der herrschenden Ansicht bei dem Gläubiger-Schuldner-Verhältnis abgelehnter "gradus executionis" eingeführt wird (1), steht nicht entgegen. Die Beschränkung der freien Wahl der Vollstreckungsart für den Gläubiger ist notwendig, um der Grundrechtsposition des Dritten aus Art. 13 GG gebührend Rechnung zu tragen. Wie bereits oben erwähnt (2), mögen Argumentationen, die sich lediglich auf das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner beziehen, dort zutreffend sein. Das Verhältnis von Gläubiger und Drittem erfordert hingegen die Einbeziehung andersartiger, weiterer Überlegungen.

Zusammengefaßt kann daher festgestellt werden, daß die Behauptung, der Eingriff in die Wohnungsfreiheit des Dritten sei stets unzulässig, weil er unverhältnismäßig sei, nicht zutreffend ist.

4) Untersuchung der von der abweichenden Ansicht angebotenen Lösungsvorschläge

Zu prüfen bleibt, ob die von der Mindermeinung vorgeschlagenen Auswege dem verfassungsmäßigen Erfordernis einer effektiven

---

1) Peters, Die richterliche Anordnung zur Zwangsvollstreckung nach § 758 ZPO, in: Festschrift für Fritz Baur, S 549 (555); Gerhardt, ZZP 95, 467 (486); Baur-Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Rn. 11, S. 10; Lippross, Grundlagen und System des Vollstreckungsschutzes, S. 175; anderer Ansicht Böhmer in BVerfGE 49, 220 (228 ff); Schiffbauer, ZIP 1981, 832 (835); ähnlich Fahland, VOP 1981, 328 (332).

2) Siehe oben S. 94 f.

Zwangsvollstreckung, die der durch Art. 14 GG geschützten Gläubigerposition gerecht wird, genügen.

a.) Pawlowski

Der Hinweis Pawlowskis, der Gläubiger könne sich die Mitberechtigung des Schuldners auf Zugang zu der gemeinschaftlich bewohnten Wohnung pfänden und überweisen lassen (1), hilft nicht weiter. § 857 ZPO regelt die Durchführung der Zwangsvollstreckung, d.h. die Art und Weise der Pfändung und Überweisung, nicht aber auch die Rechtfertigung der Zwangsvollstreckung (2).

Hierfür müßte eine Anspruchsgrundlage des materiellen Rechts vorhanden sein, die Pawlowski nicht aufzeigt. Zu denken wäre insofern allenfalls an ein aus dem Innenverhältnis zwischen den Mitbewohnern abzuleitendes Recht des Schuldners.

Der Versuch, dieses Recht des Schuldners in der für die Zwangsvollstreckung erforderlichen Bestimmtheit konkret zu umschreiben, wird aber auf erhebliche praktische Schwierigkeiten stoßen. Wie soll der Gläubiger, der weder das Verhältnis der Wohngemeinschaftsmitglieder zueinander kennt noch Vorstellungen von den räumlichen Gegebenheiten

---

1) Pawlowski, NJW 1981, 670).
2) Guntau, DGVZ 1982, 17 (19).

der Wohnung hat, die Rechte des Schuldners an und in der Wohnung in der für einen Pfändungs- und Überweisungsantrag notwendigen Art und Weise konkretisieren? Die gleiche Schwierigkeit ergäbe sich für den Gläubiger sodann, wenn er aus der nunmehr an ihn überwiesenen Rechtsposition des Schuldners gegen den oder die Mitbewohner klagen müßte. Dies wiederum wäre für ihn unausweichlich, wenn ihm die Mitbewohner den Zutritt zur Wohnung teilweise, z.B. zu Gemeinschaftsräumen, verwehren würden. Denn ein possessorischer Besitzschutz besteht nach § 866 BGB gegenüber den Mitbesitzern nur bei einer völligen Besitzentziehung, nicht aber bei bloßen Störungen in einzelnen Beziehungen.

Neben diesen Bedenken gegen den Lösungsvorschlag Pawlowskis, die den Vorwurf der Umständlichkeit und mangelnden Praktikabilität begründen, so daß man Zweifel an der Effektivität der Zwangsvollstreckung hegen muß, ist aber auch fraglich, ob der Lösungsvorschlag überhaupt weiterführt, ob also durch den von Pawlowski aufgezeigten Weg die Zulässigkeit des Eingriffs in den durch Art. 13 GG geschützten Bereich des Dritten erreicht wird. Der Gerichtsvollzieher ist, wenn er als staatliches Vollstreckungsorgan handelt, hoheitlich tätig und mit einer Privatperson, der der Dritte nach der von Pawlowski vorgeschlagenen Prozedur letztendlich den Zutritt zu der Wohnung nicht verweigern darf, nicht vergleichbar. Durch eine Anspruchsgrundlage des privaten Rechts auf Duldung des Zutritts wird eine Ermächtigungsgrundlage, die den Eingriff des hoheitlich

handelnden Gerichtsvollziehers legitimieren muß, nicht ersetzt.

Pawlowskis Vorschlag, die Mitberechtigung des Schuldners gemäß § 857 ZPO pfänden und überweisen zu lassen, ist daher zur Lösung des Grundrechtskonflikts von Gläubiger und Drittem untauglich (1).

b.) § 867 BGB analog

Den gleichen Bedenken ist die Lösung ausgesetzt, die eine Pfändung und Überweisung des Wegschaffungsanspruchs analog § 867 BGB befürwortet (2). Der Gläubiger müßte zunächst die Gegenstände genau bezeichnen können, um einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß beantragen zu können, so daß der oder die Mitbewohner das Betreten der Wohnung zu gestatten hätten. Würden sie das Betreten trotz alledem nicht gestatten, so müßte der Gläubiger sodann nach § 890 ZPO vollstrecken. Zu bedenken ist auch, daß der Schuldner zumindest bei den Wohngemeinschaften, in denen jedes Mitglied sein Hab und Gut im wesentlichen in dem eigenen Zimmer aufbewahrt, den Alleingewahrsam an seinen Sachen nicht aufgibt und an dem Raum des Schuldners kein Mitgewahrsam der Wohngemeinschaftsmitglieder zu bestehen braucht. Aus diesem Grund kommt

---

1) Ablehnend auch Guntau, DGVZ 1982, 17 (19).

2) Röhl, Der Gewahrsam in der Zwangsvollstreckung, S. 44 u. 46.

weder eine direkte noch eine analoge Anwendung des § 867 BGB in Betracht (1), weil ein Anspruch des Schuldners auf Wegschaffung gegen sich selbst nicht denkbar ist.

Schließlich würde auch durch die analoge Anwendung keine Ermächtigungsgrundlage aufgezeigt, auf die das Vorgehen des Gerichtsvollziehers bei der Zwangsvollstreckung gestützt werden könnte.

c.) § 807 ZPO

Zur Lösung des Problems untauglich ist auch der Verweis des Gläubigers durch das Amts- und Landgericht München auf § 807 ZPO.

Denn selbst unter der Voraussetzung, daß man § 807 ZPO tatbeständlich als gegeben ansieht und der Schuldner die eidesstattliche Versicherung abgibt, hilft dies dem Gläubiger dann nicht weiter, wenn sich die einzige pfändbare Habe des Schuldners gerade eben in der gemeinsam genutzten Wohnung befindet und einer der Mitbewohner den Einlaß des Gerichtsvollziehers nicht zuläßt (2).

5) Zusammenfassung

Zusammengefaßt muß daher konstatiert werden, daß diejenige Meinung, die die Zwangsvoll-

---

1) Siehe Anm. der Schriftleitung zu AG München vom 18.7.1979, DGVZ 1979, 158.

2) AG München, DGVZ 1981, 117 (119) und Anm. der Schriftleitung zu AG München vom 18.7.1979, DGVZ 1979, 158.

streckung in der gemeinschaftlich von Schuldner und Drittem bewohnten Wohnung ohne das Einverständnis des Dritten für unzulässig hält bzw. sie nur nach Maßgabe ihrer Lösungsvorschläge gestatten will, der gleichfalls mit Verfassungsrang versehenen Position des Gläubigers aus Art. 14 GG nicht gerecht wird.

E. Z W I S C H E N E R G E B N I S

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, daß der Schutzbereich des Art. 13 GG beeinträchtigt ist, wenn der Gerichtsvollzieher die mit dem Schuldner zusammen bewohnte Wohnung ohne das Einverständnis des Dritten betritt. Auf die Rechtsposition aus Art. 13 GG hat der Dritte dem Staat gegenüber durch den Entschluß zur gemeinschaftlichen Wohnungsnutzung nicht verzichtet.

Nicht verkannt werden darf auf der anderen Seite, daß auch der Gläubiger Grundrechtsschutz genießt. Seine titulierte Forderung ist durch Art. 14 GG geschützt. Mithin liegt eine Grundrechtskollision vor zwischen dem durch Art. 13 GG geschützten Recht des Dritten und dem durch Art. 14 GG geschützten Recht des Gläubigers. Diese Grundrechtskollision ist so zu lösen, daß nach Möglichkeit beide Rechtsgüter zu einer optimalen Wirkungskraft gelangen können. Nur wenn dies nicht erreicht werden kann, muß das im Einzelfall schwächer zu bewertende Grundrecht zeitweilig zurücktreten. Zurücktreten muß danach in der Regel das Grundrecht des Dritten aus Art. 13 GG, wenn der Eingriff in die Wohnungsfreiheit für den Gläubiger das einzige Mittel ist, seine durch Art. 14 GG geschützte Forderung zu realisieren. Denn der Grundrechtsschutz des Dritten wird nur zeit- und teilweise geschmälert, während bei einem umgekehrten Ergebnis die durch Art. 14 GG geschützte Gläubigerposi-

tion häufig vollständig und auf Dauer verdrängt würde. Hiervon müssen im konkreten Einzelfall allerdings dann Ausnahmen zugelassen werden, wenn der Dritte oder ein Familienangehöriger beispielsweise so schwer erkrankt ist, daß ihm eine Zwangsvollstrekkung nicht zugemutet werden kann. Dies wird in der Regel lediglich zu einer Verschiebung der Zwangsvollstreckung führen, kann im Einzelfall, beispielsweise bei einer lang andauernden Erkrankung des Dritten, aber auch den endgültigen Forderungsverlust für den Gläubiger bedeuten.

Damit der verfassungsrechtlich unter Umständen gebotene Eingriff in die Wohnungsfreiheit des Dritten aus Art. 13 GG in rechtsstaatlicher Hinsicht ohne Bedenken stattfinden kann, ist nach Art. 13 II GG eine richterliche Anordnung gegen den Dritten erforderlich, die nur dann ergehen kann, wenn eine Ermächtigungsgrundlage besteht. Dies folgt zum einen daraus, daß Art. 13 II und III GG als eine abschließende Regelung hinsichtlich der Beschränkbarkeit der Wohnungsfreiheit aufzufassen sind. Zum anderen folgt dies aber auch daraus, daß es im demokratischen Rechtsstaat Sache des Gesetzgebers ist, im grundrechtsrelevanten Bereich wesentliche Entscheidungen durch Gesetz zu treffen, wenn es sich, wie hier, bei der Grundrechtskollision um eine Konfliktsituation handelt, die in einer Vielzahl von gleichgelagerten und typisierbaren Fällen auftritt.

Folglich müßte das Bundesverfassungsgericht bei einer rechtlichen Prüfung die bisherige Vollstreckungspraxis bei Wohngemeinschaften für verfassungswidrig erklären und dem Gesetzgeber eine Frist zur Schaffung einer gesetzlichen Grundlage aufgeben, die den Eingriff in die durch Art. 13 GG geschützte Rechtsposition des Dritten ermöglicht, wenn nicht im Rahmen dieser Arbeit eine Ermächtigungsgrundlage aufgezeigt werden kann.

F. EIGENER LÖSUNGSVORSCHLAG

Im folgenden wird zunächst der Frage nach einer möglichen Ermächtigungsgrundlage nachgegangen, bevor sodann die Voraussetzungen, unter denen der Gläubiger die nach Art. 13 GG erforderliche richterliche Durchsuchungsanordnung erlangen kann, untersucht werden.

I. § 755 ZPO als Ermächtigungsgrundlage

Als erforderliche Ermächtigungsgrundlage kommt § 755 S. 1 ZPO in Betracht. § 755 S. 1 ZPO lautet: "Dem Schuldner und Dritten gegenüber wird der Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zwangsvollstreckung und der in § 754 ZPO bezeichneten Handlungen durch den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung ermächtigt".

1) Herkömmliches Verständnis von § 755 ZPO

§ 755 ZPO wird ganz einhelliger Meinung zufolge als eine Regelung des "Vertretungsnachweises" angesehen, nicht aber als Ermächtigungsgrundlage (1). Der Gerichtsvollzieher wird diesem herkömmlichen Verständnis nach durch § 755 ZPO und die vollstreckbare Ausfertigung dem Schuldner und

---

1) Siehe statt aller Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, § 758 ZPO, Anm. 1.

jedem Dritten gegenüber als zur Zwangsvollstreckung berechtigt ausgewiesen. Ob dem Gerichtsvollzieher neben dieser Ausweis- und Legitimationsfunktion ein zusätzliches Recht oder eine Eingriffsbefugnis eingeräumt wird, die nicht schon in einer anderen Bestimmung enthalten ist, ist - soweit ersichtlich - bislang nirgends erörtert und untersucht worden.

Es stellt sich daher die Frage, ob § 755 ZPO entgegen dem üblichen Verständnis als Ermächtigungsgrundlage aufgefaßt werden kann, die zum Eingriff in den durch Art. 13 GG geschützten Bereich des Dritten legitimiert. Um sie beantworten zu können, ist es zunächst notwendig, § 755 ZPO anhand der Methodenlehre zu untersuchen.

2) Untersuchung anhand der Methodenlehre

Zur Auslegung einer Rechtsnorm sind folgende methodischen Gesichtspunkte allgemein anerkannt: Die grammatische, die systematische, die historische und die teleologische Methode.

Vor einer Untersuchung des § 755 ZPO anhand dieser unterschiedlichen Aspekte erscheint es jedoch zunächst sinnvoll zu sein, sich über das zulässige Ziel der Gesetzesauslegung im klaren zu werden. Denn von dem Ergebnis der Zielbestimmung können sich maßgebliche Schlußfolgerungen für die Anwendung und Gewichtung der einzelnen methodischen Teilaspekte ergeben.

a.) Maßgebliches Auslegungsziel

Bereits seit der zweiten Hälfte des vorherigen Jahrhunderts wird darüber gestritten, was das eigentliche Ziel der Gesetzesauslegung ist (1). Hierüber streiten eine sogenannte subjektive und eine sogenannte objektive Theorie. Bis heute besteht der Gegensatz beider Theorien, oft sogar in demselben Werk und in derselben Stellungnahme, fort.

aa) Subjektive Theorie

Die subjektive Auslegungstheorie, die gerade in der letzten Zeit eine Art Rennaissance zu erleben scheint (2), stellt auf die Ermittlung der Regelungsabsicht des (historischen) Gesetzgebers ab. Das Ziel der Gesetzesauslegung ist es nach ihr, den historischen Sinn der Normen und den Willen des Gesetzgebers zu ergründen (3).

bb) Objektive Theorie

Die objektive Auslegungstheorie, die im allgemeinen als herrschend angesehen wird (4), stellt darauf ab, den Gegenwartssinn und die Gegenwartsbedeutung der Norm zu ergrün-

---

1) Siehe Larenz, Methodenlehre, S. 301

2) Hassold, Strukturen der Gesetzesauslegung, in: Festschrift für Karl Larenz, S. 217 m.w.N..

3) Ders., a.a.O., S. 217 m.w.N..

4) Ders., a.a.O., S. 217; Zippelius, JZ 1970, 241 (242); Müller, Fallanalysen zur juristischen Methodik, S. 17.

den (1). Das Gesetz kann dieser Theorie zufolge durchaus "klüger" sein als der Gesetzgeber. Die Vorstellungen, die der historische Gesetzgeber mit der Norm verbunden hat, haben allenfalls eine bestätigende, nicht aber eine ausschlaggebende Bedeutung.

Die neuere Rechtsprechung, insbesondere auch diejenige des Bundesverfassungsgerichts, hat sich wiederholt zur objektiven Theorie bekannt (2).

cc) Vermittelnde Meinungen

Eine Tendenz zur Annäherung und Vermittlung der beiden Theorien und eine daraus folgende Kombination subjektiver und objektiver Gesichtspunkte ist nicht zu verkennen (3). Auch die Rechtsprechung zieht aus ihrem Bekenntnis zur objektiven Theorie keineswegs die Konsequenz, entstehungszeitliche Argumente außer acht zu lassen.

Die Mittelmeinungen bestimmen heute das Bild (4). Nach Larenz, der als Vertreter dieser vermittelnden Ansicht angesehen werden kann, ist Ziel der Gesetzesauslegung die Er-

---

1) Fikentscher, Methodenlehre, Bd. III, S. 662 m.w.N..

2) BVerfGE 1, 299 (312); 2, 401; 7, 342 (351); 11, 126 (130 ff); BGHZ 24, 77; 25, 125; 39, 130.

3) Vgl. Göldner, Verfassungsprinzip, S. 49.

4) Honsell, Historische Argumente im Zivilrecht, S. 178.

mittlung des "heute rechtlich maßgeblichen, also eines normativen Sinnes des Gesetzes" (1). Sowohl die subjektive als auch die objektive Theorie enthielten Teilwahrheiten. Die Wahrheit der subjektiven Theorie sei darin zu erblicken, daß ein Gesetz von Menschen für Menschen gemacht und Ausdruck von bestimmten Regelungsabsichten sei (2). Die Wahrheit der objektiven Theorie bestehe darin, daß ein Gesetz, sobald es angewandt werde, eine ihm eigene Wirksamkeit entfalte (3). Das Gesetz gebe auch Antwort auf Fragen, die der Gesetzgeber sich noch nicht gestellt habe (4).

dd) Eigene Meinung

Es ist zutreffend, das Ziel der Gesetzesauslegung in der Ermittlung des geltungszeitlichen Sinnes zu sehen, ohne der subjektiv-historischen Betrachtungsweise damit jeglichen Stellenwert absprechen zu wollen. Ohnehin ist festzustellen, daß eine exakte Grenzziehung zwischen einer objektiven und einer subjektiven Theorie auch von den Autoren, die sich zu der einen oder anderen Theorie bekennen oder ihr zugerechnet werden, nicht vorgenommen wird. So entscheiden sich Anhänger der subjektiven Theorie für

---

1) Larenz, Methodenlehre, S. 304.
2) Ders., a.a.O., S. 302.
3) Ders., a.a.O., S. 302.
4) Ders., a.a.O., S. 304.

den Sprachgebrauch der Gegenwart, Vertreter der objektiven Theorie für den historischen Wortsinn (1). Subjektivisten wollen den normativen Gesetzessinn feststellen, Objektivisten rekurrieren auf die Entstehungsgeschichte (2). Die kontradiktorische Gegenüberstellung einer subjektiven und einer objektiven Theorie gewinnt insofern etwas Plakatives und Formelhaftes (3).

Für die subjektive Theorie scheint zu sprechen, daß sie eine wissenschaftlichere Erforschung und die Bindung des Richters an das Gesetz in besserer Weise sichert als die objektive Theorie (4). Bei einer objektiven Theorie ist die Gefahr gegeben, daß unter dem Deckmantel angeblich objektiver Kriterien persönliche Wertungen des Richters ein ihnen jedenfalls im Rahmen der Auslegung nicht zukommendes Gewicht erhalten, während nach der subjektiven Theorie nur die Wertung des Gesetzgebers nachzuvollziehen ist (5). Mit der Bindung an die Wertentscheidungen des historischen Gesetzgebers erscheint sich somit ein klarer Anhaltspunkt dafür zu ergeben, wann von "Auslegung" und wann von "Hineinlegung" gesprochen werden muß (6).

---

1) Siehe die Nachweise bei Hassold, Strukturen der Gesetzesauslegung, in: Festschrift für Karl Larenz, S. 219.

2) Vgl. Wank, Rechtsfortbildung, S. 65 m.w.N..

3) So auch Göldner, Verfassungsprinzip, S. 49.

4) Siehe Hassold, a.a.O., S. 217.

5) Ders., a.a.O., 230.

6) Larenz, Methodenlehre, S. 304; siehe auch Redeker, NJW 1972, 409 (411).

Die Tauglichkeit der subjektiven Theorie zur Bindung des Richters an das Gesetz muß aber bezweifelt werden. Denn zum einen ist das Ergebnis einer Erforschung des historischen Normzwecks oft keineswegs sicher, und zum anderen würde das System der Gesetze statisch erfaßt, so daß die Faktizität der in jedem Rechtsgebiet zu beobachtenden Wandlungen von Normen im Wege der Auslegung nicht hinreichend erklärt werden könnte. Schließlich ist festzustellen, daß die subjektive Theorie de facto keine exaktere Gesetzesbindung mit sich bringt, weil die Rede vom "Willen des Gesetzgebers" in Judikatur und Wissenschaft nicht selten als "postulatorischer Ersatz für Argumente, als scheinbar normative Formel" benutzt wird (1). Letztendliches Ziel der Gesetzauslegung kann nicht der historische Wille des Gesetzgebers sein, weil sonst die Gesetze in der ihnen einmal zugedachten Form erstarrten und, wie noch weiter unten im einzelnen zu zeigen sein wird, ihre Funktion im "Fluß der Zeit" nicht erfüllen könnten. Das verfassungsrechtliche Gebot der Bindung des Richters an das Gesetz (2) kann nicht ausschließlich aus der Methodenlehre entwikkelt werden. Es muß vielmehr - und dies ist bis in die jüngste Zeit hinein vernachlässigt worden (3) - vornehmlich durch ver-

---

1) Müller, Fallanalysen zur juristischen Methodik, S. 117.

2) Art. 20 III GG.

3) Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 251.

fassungsrechtliche Gesichtspunkte gesichert werden (1). Die historischen Vorstellungen des Gesetzgebers als Ziel der Auslegung vermögen die verfassungsrechtliche Grenzziehung zwischen Richter und Gesetzgeber nicht zu garantieren. Sie können durchaus einen Anhaltspunkt unter anderen liefern; keinesfalls kann ihnen aber eine primär entscheidende Funktion beigemessen werden.

Für die deshalb vorzuziehende geltungszeitliche Gesetzesauslegung sprechen auch Gründe erkenntnistheoretischer und systematischer Art sowie die Notwendigkeit eines Bedeutungs- und Funktionswandels von Rechtsnormen.

1. Erkenntnistheoretische Überlegungen

Auslegung bedeutet zunächst Wiedererkennen eines bereits Vorgedachten. Der Richter hat Recht zu "finden", nicht aber zu "erfinden" (2). Mittlerweile hat sich aber die Erkenntnis durchgesetzt, daß jeder Auslegung bis zu einem gewissen Grade nicht nur ein reproduktives, sondern auch ein produktives Verhalten zugrunde liegt und jeder Auslegung "nicht reduzierbare Wertungen und damit ein emotionales, volitives, dezisionistisches, also rechtspolitisches und schöpferisches

---

1) Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 251.

2) Flume, Richter und Recht, S. 25.

Moment" innewohnt (1). "Der Text bringt eine Sache zur Sprache, aber daß er das tut, ist am Ende die Leistung des Interpreten. Beide sind daran beteiligt" (2). Wenn man letzteres akzeptiert und die Rolle des Interpreten nicht lediglich als die eines Subsumptionsautomaten (3) begreift, hieße dies für die Praxis eine unmögliche Forderung aufzustellen, wollte man vom Interpreten verlangen, daß er sich seines gegenwartsbezogenen Verständnisses bei jeder Auslegung entledigen möge, um in die entstehungszeitliche Rolle des "Gesetzes" oder des "Gesetzgebers" zu schlüpfen. Aus dem Eingeständnis der eigenen Beteiligung und der Wertsetzung bei der Auslegung folgt, daß die Erforschung der Zwecke des historischen Gesetzgebers nicht das Maß an größerer Wissenschaftlichkeit und Verläßlichkeit bietet, das die Mühen und den Aufwand rechtfertigte, die Erforschung dieses Zweckes zum letztendlichen Ziel der Gesetzesauslegung zu klären (4).

---

1) Hassold, Strukturen der Gesetzesauslegung, in: Festschrift für Karl Larenz, S. 216; Zippelius, JZ 1970, 241; siehe auch Redeker, NJW 1972, 409 (411).

2) Gadamer, Wahrheit und Methode, S. 365.

3) Siehe Kaufmann, JuS 1965, 1 (8): "Die Vorstellung des Gesetzesabsolutismus ... vom Richter als dem Subsumptionsautomaten gehört in die rechtshistorische Rumpelkammer"; vgl. auch Rupp, NJW 1973, 1769 (1773); Germann, Primat des Gesetzes, in: Problem und Methoden der Rechtsfindung, S. 289.

4) Anderer Ansicht aber wohl Hassold, a.a.O., S. 216 f.

2. Systematische Überlegungen

Aus dem Postulat der Einheit der Rechtsordnung folgt ein weiterer wichtiger Gesichtspunkt, der zugunsten der objektiven Theorie spricht. Da kaum anzunehmen ist, daß die Gesetze verschiedener historischer Epochen, z.B. die des Kaisers und die des Grundgesetzes, "den gleichen Geist atmen" (1), sie aber gleichwohl als Teile einer einheitlichen Rechtsordnung unter der Oberherrschaft des Grundgesetzes aufzufassen sind, ist der geltungszeitliche, also der heute maßgebliche, normative Sinn des Gesetzes zu ermitteln (2).

3. Bedeutungs- und Funktionswandel

Mit den Überlegungen zu dem erkenntnistheoretischen Aspekt der Gesetzesauslegung und zu dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung läßt sich auch der allenthalben festzustellende Bedeutungs- und Funktionswandel von Normen erklären.

Es kann nicht in Abrede gestellt werden, daß ein Gesetz mit der Zeit und mit seiner fortlaufenden Anwendung eine Art Eigenleben entwickelt (3). Erst in ihrer Auslegung erfährt eine Norm die zur Anwendung auf

---

1) Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 75.

2) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 304.

3) Esser, Methodenlehre, S. 303.

einen bestimmten Sachverhalt letzte inhaltliche Bestimmtheit (1). Es wäre eine reine Fiktion, wenn man davon ausginge, daß der historische Gesetzgeber die Vielfältigkeit der Anwendung einer Vorschrift bei ihrem Erlaß hätte voraussehen können. Es hieße, an der Rechtswirklichkeit vorbeizugehen, wenn man leugnete, daß dem Gesetz Antworten auf Fragen entnommen werden, die sich der Gesetzgeber nie gestellt hat. Insofern kann das Gesetz "klüger sein als der Gesetzgeber" (2), obwohl es bei Lichte betrachtet der Interpret ist, der "klüger" ist als der historische Gesetzgeber.

Jedes Gesetz nimmt daher Teil am Fluß der Zeit (3). Gesetzen ist eine "geschichtliche Zeitstruktur" eigen (4). Sie sind keine "Stimmen aus dem Grabe" (5).

Nicht wenige gesetzliche Vorschriften sind vielmehr im Laufe der Zeit einem mehr oder weniger großen Bedeutungs- und Funktionswandel unterworfen worden (6). Dies wird besonders deutlich, wenn man beispielsweise heute die Rechtslage alleine aufgrund des Textes des BGB (er)klären wollte, ohne den

---

1) Larenz, Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, in: Festschrift für Ernst Rudolf Huber, S. 291.

2) Vgl. ders., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 303.

3) Ders., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 304.

4) Husserl, Recht und Zeit, S. 26.

5) Hirsch, JR 1966, 334 (338, Fn. 34).

6) Germann, Methoden der Gesetzesauslegung, in: Probleme und Methoden der Rechtsfindung, S. 98.

Ausbau der Grundsätze vom Rechtsmißbrauch oder die Fortbildung des Haftungsrechts auf eine verstärkte Gefährdungshaftung durch die Rechtsprechung zu kennen (1). Der historische Gesetzgeber hat nicht im entferntesten daran denken können, welche reich differenzierte Sonderrechtsordnung aus den Generalklauseln, und hier insbesondere auf der Grundlage von § 242 BGB, entwickelt werden würde (2). Freilich spielt sich diese "Abnabelung" von den Zielen und Zwecken des historischen Gesetzgebers in aller Regel nicht in einem plötzlichen Akt einer abweichenden Interpretation oder Anwendung ab, sondern eher in einer allmählichen, schrittweisen Weiterentwicklung (3).

Daß formal-wörtlich unveränderte Rechtsnormen unter anderen als den bisherigen Zweck- und Wertgesichtspunkten gesehen und dementsprechend ausgelegt oder ergänzt werden (4), läßt sich nur mit einer objektiven Theorie erklären.

---

1) Fischer, Die Weiterentwicklung des Rechts durch die Rechtsprechung, S. 12 f.

2) Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 578.

3) Siehe Esser, Unmerklicher und merklicher Wandel der Judikatur, in: Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung, S. 217: "... die Brauchbarkeit positiven Rechts wird instand gehalten durch Judikaturverbesserungen, die sich keineswegs programmartig vollziehen, sondern in einem bewährten Rhythmus kasuistischer Verfeinerung 'step by step'".

4) Bydlinski, a.a.O., S. 577; vgl. auch Germann, Methoden der Gesetzesauslegung, in: Probleme und Methoden der Rechtsfindung, S. 98.

Je älter ein Gesetz ist, desto mehr wächst es in ein anderes Normumfeld hinein und desto mehr verliert sich die dem historischen Gesetzgeber zuzuordnende Autorität. Um so eher ist es dann aber auch dem gegenwärtigen Gesetzgeber "zusinnbar" (1). Mit dem Zeitablauf nach dem Erlaß eines Gesetzes steigt daher das Gewicht der objektiven Sinnelemente (2).

Als Ziel der Gesetzesauslegung ist daher die Ermittlung des geltungszeitlichen Sinnes anzusehen. Welche methodischen Mittel hierzu heranzuziehen sind und welche Folgerungen im Falle von widersprüchlichen Teilergebnissen zu ziehen sind, ist im folgenden zu erörtern.

b.) Die einzelnen methodischen Gesichtspunkte

Als klassische methodische Gesichtspunkte zur Sinnbestimmung von Normen sind die grammatische, die systematische, die historische und die teleologische Betrachtungsweise anerkannt, anhand derer § 755 ZPO im folgenden auf seine Eignung als Ermächtigungsgrundlage für den Eingriff des Gerichtsvollziehers in den Wohnbereich von Dritten bei einer gemeinschaftlich bewohnten Wohnung untersucht werden soll.

---

1) Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 581.

2) Göldner, Verfassungsprinzip, S. 50 m.w.N.; Larenz, Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: Festschrift für Ernst Rudolf Huber, S. 296.

aa) Grammatische Auslegung

Am Anfang des herkömmlichen Auslegungskanons wird mit der grammatischen Interpretation versucht, den Wortsinn der Norm, der dieser nach dem allgemeinen Sprachgebrauch oder auch nach einem speziellen juristischen Sprachgebrauch zugemessen werden kann, zu ermitteln (1).

Dies rechtfertigt sich aus der Tatsache, daß sowohl dem Gesetzgeber, dem "Sender", als auch dem Anwendenden bzw. hier dem Interpreten, dem "Empfänger", kein anderes Medium als die Sprache zur Verfügung steht. Damit ist es in Kauf zu nehmen, daß bereits auf dieser Auslegungsstufe häufig Unschärfen verbleiben. Denn die Rechtssprache als Sonderfall der allgemeinen Sprache vermag nicht die Exaktheit anderer Zeichensysteme zu erreichen (2). Dennoch lassen sich Bereiche relativer Eindeutigkeit und solche größerer Zuordnungsschwierigkeit unterscheiden.

Der Interpretation der von § 755 ZPO verwandten Worte "Dem ... Dritten gegenüber wird der Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zwangsvollstreckung ... ermächtigt" im Sinne einer Ermächtigungsgrundlage steht auf der Stufe der grammatischen Auslegung nichts entgegen. Der Mitbewohner einer gemeinsam bewohnten Wohnung ist weder Gläubiger noch Schuldner der Zwangsvollstrek-

---

1) Siehe Baden, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß, S. 206: "Am Anfang war das Wort".

2) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 306.

kung. Er ist und bleibt vielmehr Dritter (1). Unter dem Begriff "Zwangsvollstreckung" wird das Verfahren verstanden, in dem Leistungs- und Haftungsansprüche durch staatlichen Zwang realisiert werden (2). Hierzu ist zweifelsohne auch der Eingriff in die Wohnungsfreiheit zu rechnen, wenn der Gerichtsvollzieher die Wohnung betritt oder durchsucht. Die Formulierung "ermächtigt" beinhaltet sowohl nach dem allgemeinen als auch nach dem speziell juristischen Sprachgebrauch eine Befugnis, ein Dürfen und ein Recht, etwas zu tun.

Unter dem Blickwinkel der grammatischen Analyse läßt sich § 755 ZPO daher vollkommen zwanglos als Ermächtigungsgrundlage verstehen, die dem Gerichtsvollzieher den Eingriff in die Wohnungsfreiheit des Mitbewohners gestattet. Wäre der Gesetzgeber aufgrund der verfassungsrechtlichen Lage heute verpflichtet, eine diesbezügliche Regelung zu schaffen, so könnte er sich - unbeschadet einer näheren Ausgestaltung - genau dieser Diktion bedienen, um auszudrücken, daß der Dritte die Zwangsvollstrekkung dulden muß.

bb) Systematische Auslegung

Die systematische Auslegung ist bemüht, die Bedeutung einer Regelung dadurch zu erhel-

---

1) Vgl. Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, vor § 704 ZPO, Anm. III 3.

2) Dies., a.a.O., Anm. I 1.

len, daß sie als Teil eines Ganzen verstanden wird (1). Aus dem Kontext, der Stellung im Normsystem, können sich Rückschlüsse auf den Zweck ergeben, den der Gesetzgeber mit der Regelung erreichen wollte (2). Ferner ist nach dieser Maxime eine gesetzliche Bestimmung so zu interpretieren, daß Widersprüche zu anderen Gesetzesbestimmungen vermieden werden (3). Unter verschiedenen, dem Wortsinn nach möglichen Auslegungen ist demzufolge diejenige vorzuziehen, die zur Wahrung der sachlichen Übereinstimmung mit anderen Bestimmungen führt (4).

Dem "äußeren System" nach (5), also der Stellung in der ZPO zufolge, befindet sich § 755 ZPO im ersten Abschnitt des achten Buches innerhalb der allgemeinen Vorschriften (§§ 704 bis 802 ZPO). Der Regelung des § 758 ZPO, der die Durchsuchung der Wohnung gegenüber dem Schuldner rechtfertigt, ist § 755 ZPO vorangestellt. Seiner äußeren Stellung nach bestehen somit keine Bedenken, § 755 ZPO als allgemeine Vorschrift anzusehen, die dem Gerichtsvollzieher Befugnisse gegenüber Dritten verleiht.

Dem könnte allerdings § 758 ZPO entgegenstehen, da dieser bei einer Interpretation

---

1) Zippelius, Auslegung als Legitimationsproblem, in: Festschrift für Karl Larenz, S.740.

2) Insofern berührt sich die systematische Interpretation mit teleologischen Gesichtspunkten, vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 313.

3) Larenz, a.a.O., S. 310.

4) Ders., a.a.O., S. 310.

5) Ders., a.a.O., S. 311; vgl. auch Ph. Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 84, 139 ff. zur Unterscheidung von "äußerem" und "innerem" System; siehe auch Gaul, FamRZ 1964, 165 f..

des § 755 ZPO als Ermächtigungsgrundlage für Zwangsvollstreckungsmaßnahmen des Gerichtsvollziehers gegenüber dem Schuldner und dem Dritten eigentlich überflüssig wäre.

Vom Boden der hier vertretenen objektiven Theorie aus ist es jedoch verständlich, wenn das vom historischen Gesetzgeber geprägte System bei einer geltungszeitlichen Interpretation nicht vollkommen unverändert fortbestehen kann. Durch das Hineinwachsen in eine neue Gesamtrechtsordnung können sich Unstimmigkeiten mit dem ursprünglich verfolgten, sinnvoll aufeinander abgestimmten Plan des historischen Gesetzgebers ergeben. Dies ist jedoch als eine Folge der geltungszeitlichen Auslegung von Gesetzen hinzunehmen, wenn die Vorschrift trotz ihrer Neuinterpretation in einem neuen systematischen Zusammenhang gesehen werden kann. Dies ist der Fall. § 758 ZPO kann, auch wenn man § 755 ZPO als Ermächtigungsgrundlage ansieht, als einschlägige Regelung in bezug auf den Schuldner aufgefaßt werden. Da § 758 ZPO von der Durchsuchung der Wohnung des Schuldners und nicht allgemein wie § 755 ZPO von der Vornahme der Zwangsvollstreckung spricht, läßt sich § 758 ZPO nach wie vor sinnvoll anwenden und kann hinsichtlich der Durchsuchung bei dem Schuldner gegenüber § 755 ZPO als lex specialis verstanden werden.

Dem "inneren System", den maßgeblichen Wertentscheidungen und Prinzipien nach (1), er-

---

1) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 313.

gibt sich eine sachliche Übereinstimmung mit der Verfassungsrechtslage, die durch § 758 ZPO nicht geleistet werden kann (1). Die systematische Auslegung ergibt somit, daß § 755 ZPO als Ermächtigungsgrundlage herangezogen werden kann.

cc) Historische Auslegung

Die historische Auslegung fragt nach den Vorstellungen und Zwecken, die der Gesetzgeber mit dem Erlaß einer Norm verfolgt hat. Auch wenn man, wie hier, die historischen Zwecke nicht als Ziel der Auslegung ansieht (2), ist es legitim, die historische Betrachtungsweise als ein Mittel der Auslegung anzuwenden (3). Denn es hieße sich einer Erkenntnisquelle ohne sachlichen Grund zu verschließen, wenn man den historischen Kontext und die Entstehungsgeschichte außer acht ließe. Dementsprechend wird auch von der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Entstehungsgeschichte immer wieder dann maßgeblich herangezogen, "wenn aus ihr - und vor allem wenn nur aus ihr - Wesentliches für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift zu entnehmen" ist (4), obgleich die Rechtsprechung sich zumindest verbaliter immer wieder für die objektive Theorie entschieden hat (5).

---

1) Siehe oben S. 66 ff.

2) Siehe oben S. 112 ff.

3) So auch Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 303.

4) BGH, NJW 1967, 343 (348).

5) Siehe oben S. 111.

Die historische Auslegung ergibt, daß der historische Gesetzgeber mit § 755 ZPO nicht den Zweck verfolgt hat, eine Ermächtigungsgrundlage auch zum Eingriff in die Sphäre Dritter zu schaffen. In § 662 II ZPO des Entwurfs einer allgemeinen Zivilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten 1866 heißt es lediglich, daß der Gerichtsvollzieher dem Schuldner gegenüber durch den Besitz des vollstreckbaren Schuldtitels ermächtigt sei (1). § 591 des Entwurfs einer deutschen Zivilprozeßordnung von 1871 (2) stimmt mit § 755 ZPO wortgleich überein. Der Begründung des zuletzt genannten Entwurfs ist zu entnehmen, daß mit der Hinzufügung des Passus "... und Dritten gegenüber ..." offensichtlich nicht an eine Erstreckung der Norm als Ermächtigungsgrundlage im oben aufgezeigten Sinne gedacht war. Denn es wird dort (3) lediglich aufgeführt, daß dem Schuldner, wenn er zur Leistung gezwungen werden soll, ein legitimierter Empfänger gegenübergestellt werden müsse.

Nach der historischen Auslegungsmethode kann § 755 ZPO folglich nicht als Ermächtigungsgrundlage angesehen werden.

---

1) Neudrucke zivilprozessualer Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Hrsg. G.J. Dahlmanns, Aalen 1971, S. 59 ff..

2) Neudrucke, a.a.O., S. 465.

3) Neudrucke, a.a.O., S. 696; vgl. auch Hahn, Die gesamten Materialien zur CPO, 1. Abt., S. 440.

dd) Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung sucht die "ratio legis" zu ergründen. Damit ist sowohl der "vernünftige Grund" als auch der Zweck der Regelung gemeint (1). Im Gegensatz zur historischen Auslegung wird nicht untersucht, welchen Zweck der historische Gesetzgeber mit dem Erlaß der einzelnen Bestimmung verfolgt hat, sondern welchen Zweck diese Vorschrift heute vernünftigerweise erfüllen kann. Als Kriterien teleologischer Art werden folgende aufgeführt: Die Natur der Sache, die der Rechtsordnung immanenten Prinzipien, die Vermeidung von Normzweckwidersprüchen und der Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung (2).

Bei der verfassungskonformen Auslegung, die teilweise als selbständiger Auslegungsgrundsatz aufgefaßt wird (3), teilweise als ein Anwendungsfall systematisch-teleologischer Gesetzesauslegung angesehen wird (4), kann man eine verfassungskonforme Auslegung im engeren Sinne (i.e.S.) und eine verfassungskonforme Auslegung im weiteren Sinne (i.w.S.) unterscheiden. Die verfassungskonforme Auslegung i.e.S. dient der Prüfung der Frage, ob eine Norm des einfachen Rechts, gemessen am Maßstab der Verfassung, bei

---

1) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 323.

2) Vgl. Hassold, Strukturen der Gesetzesauslegung, in: Festschrift für Karl Larenz, S. 228.

3) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 325.

4) Göldner, Verfassungsprinzip, S. 67; Hassold, a.a.O., S. 234.

einem bestimmten Auslegungsergebnis Bestand haben kann, während andere Auslegungsergebnisse, die aufgrund der übrigen Interpretationsmethoden gleichfalls möglich sind, zur Verfassungswidrigkeit der Bestimmung führen müßten. Die Gewaltenteilung und der Respekt vor der Legislative gebieten es, bei mehreren möglichen Deutungen diejenige zu wählen, die ein Maximum des vom Gesetzgeber angestrebten Zwecks aufrechterhält (1).

Bei der verfassungskonformen Auslegung i.w.S. geht es nicht um die Frage der möglichen Verfassungswidrigkeit und Verwerfung einer Norm, sondern um ihre optimale Inhaltsbestimmung in bezug auf die höherrangigen Bestimmungen des Verfassungsrechts (2). Zur Verdeutlichung kann man in diesem Fall auch von einer "verfassungsorientierten Auslegung" sprechen (3).

In diesem Sinne verknüpfen sich in der Tat Gesichtspunkte teleologischer und systematischer Natur: Die Ausrichtung des gesamten Rechtssystems an den obersten Prinzipien, die in der Normpyramide unserer Rechtsordnung im Grundgesetz verankert sind, führt zu einer "vertikalen Normdurchdringung" aller Ebenen (4) und zu einer "normhierarchischen Integration", also einer Kombination

---

1) BVerfGE 48, 40 (45); Zur Theorie der Normerhaltung vgl. auch Spanner, AöR 91, 509 (513).

2) Wank, JuS 1980, 545 (548).

3) Simon, EuGRZ 1974, 85 (86).

4) Wank, Grenzen richterlicher Rechtsstaatbildung, S. 97 m.w.N..

verschiedener Rechtsquellen (1).

Die verfassungsrechtliche Lage bei der Zwangsvollstreckung gegen einen Schuldner, der in Wohngemeinschaft lebt, ist in rechtlicher Hinsicht charakterisiert durch das Spannungsverhältnis zwischen der durch Art. 14 GG geschützten Gläubigerposition und der durch Art. 13 GG geschützten Position des Dritten (2). Beide Grundrechte müssen in ein Verhältnis gebracht werden, vermöge dessen beide zu einer größtmöglichen Realisierung gelangen können. Kein Grundrecht darf daher im Ergebnis wegen der Verwirklichung eines anderen Grundrechts vollkommen zurückgedrängt werden und "leerlaufen". Von Verfassungs wegen m u ß folglich eine Lösung erreicht werden, die es dem Gläubiger gestattet, auch gegen einen in Wohngemeinschaft lebenden Schuldner die Zwangsvollstreckung betreiben zu können. Dies ist nur möglich, indem eine gesetzliche Grundlage gefunden oder geschaffen wird, die eine Duldungspflicht des Dritten bzw. eine Eingriffsbefugnis des Gläubigers begründet.

Die teleologische Betrachtungsweise führt insbesondere wegen ihrer verfassungsorientierten Dimension deshalb dazu, § 755 ZPO im Sinne einer Ermächtigungsgrundlage zu verstehen und anzuwenden, da eine andere Bestimmung, der diese Funktion zugedacht werden könnte, nicht ersichtlich ist.

---

1) Göldner, Verfassungsprinzip, S. 55.

2) Siehe oben S. 46 u. 91.

c) Gewicht und Rangfolge der einzelnen Auslegungsmethoden

Wenn wie hier eine Divergenz der einzelnen Auslegungsteilergebnisse festzustellen ist, stellt sich die Frage nach der Rangfolge und Gewichtigkeit der verschiedenen methodischen Gesichtspunkte.

Aus der alltäglichen Erfahrung weiß man, daß die Praxis von Fall zu Fall diejenigen Auslegungskriterien bevorzugt, die zu einem "befriedigenden" Ergebnis führen (1). Auf der theoretischen Ebene lassen sich jedoch verschiedene Positionen unterscheiden:

aa) Vorrang der normnäheren Mittel

Nach F. Müller haben im Fall widersprüchlicher Teilergebnisse die Resultate der grammatischen und systematischen Interpretation den Vorrang, da diese am unmittelbarsten norm-, d.h. textbezogen sind (2).

Diederichsen meint, man werde - gleichgültig, ob man der subjektiven oder der objektiven Auslegungstheorie folge - dasjenige ohne Widerspruch dem gesetzlichen Ausdruck subsumieren dürfen, was im Bedeutungszentrum eines gesetzlich verwendeten Begriffes liege (3). Im Bereich der Auslegung sei die

---

1) Siehe auch Zippelius, JZ 1970, 241 (243).

2) F. Müller, Fallanalysen zur juristischen Methodik, S. 18.

3) Diederichsen, Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht, S. 19.

richterliche Bewegungsfreiheit völlig legitim (1).

Nach Bydlinski hat die jeweils einfachere, leichter und verläßlicher arbeitende Methode Vorrang, wenn sie zur Lösung des juristischen Problems führt (2). Daraus folge der Vorrang der "objektiven" sprachlichen und systematischen Auslegung vor der "subjektiven" historischen (3).

Auch in der Rechtsprechung lassen sich Beispiele finden, wo angesichts des klaren Gesetzeswortlauts die Entstehungsgeschichte dahingestellt bleibt (4) bzw. wo bei einer Konkurrenz zwischen Gesetzeswort und Entstehungsgeschichte zugunsten der ersteren entschieden wird (5).

bb) Abwägung nach der herrschenden Ansicht

Die herrschende Ansicht konzediert, daß zwischen den einzelnen Auslegungskriterien kein festes Rangverhältnis besteht (6).

Innerhalb des durch den Wortlaut und den Bedeutungszusammenhang abgesteckten Rahmens

---

1) Diederichsen, Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht, S. 19.

2) Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 562, siehe auch S. 379.

3) Ders., a.a.O., S. 562.

4) RGZ 52, 236; 54, 362 (367); 58, 181 (184) und Honsell, Historische Argumente im Zivilrecht, S. 123.

5) Vgl. Honsell, a.a.O., S. 126.

6) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 328 ff; Zippelius, Auslegung als Legitimationsproblem, in: Festschrift für Karl Larenz, S. 747 f.

wird den teleologischen Kriterien allerdings eine gewisse Vorrangstellung eingeräumt (1). Bei diesen Kriterien wiederum spielt der Gedanke der verfassungskonformen Auslegung eine besondere Rolle (2).

Dennoch ist man sich mehr oder weniger darüber einig, daß es bei divergierenden methodischen Teilergebnissen zu einer "Abwägung" der einzelnen Gesichtspunkte kommen muß, die in Grenzfällen durchaus einen "Beurteilungsspielraum" und mehrere "vertretbare" Entscheidungen zulassen kann (3).

cc) Eigene Ansicht

Wenn man sich nicht der Erkenntnis verschließt, daß in jede Auslegung auch volitive, dezisionistische Elemente Eingang finden, kann man von dem Interpreten nicht mehr erwarten, als daß er alle nach der Methodenlehre maßgeblichen Kriterien sorgfältig beachtet und bei widersprüchlichen Teilergebnissen begründet, warum er hier diesen oder jenen Gesichtspunkt für ausschlaggebend hält (4). Die Auslegung kann

---

1) Siehe Hassold, Strukturen der Gesetzesauslegung, in: Festschrift für Karl Larenz, S. 231 m.w.N..

2) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 330; Hassold, a.a.O., S. 239; Larenz, Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, in: Festschrift für Ernst Rudolf Huber, S. 296.

3) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 331; Hassold, a.a.O., S. 236;

4) Siehe auch Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 331 f.

als "hin- und herlaufende Bewegung des Denkens", des sogenannten hermeneutischen Zirkels, nicht ein logischer Schluß oder ein mathematisch zu bewältigendes Rechenexempel sein (1). Gleichwohl ist die juristische Methodenlehre imstande, dem Richter wertvolle Hilfe und Kontrolle zu bedeuten.

Zwar sprechen Gründe der Praktikabilität und das Gebot einer rationellen Arbeitsweise dafür, einzelnen Kriterien generell eine Vorrangstellung einzuräumen. Dennoch erscheint es unumgänglich, sich aller zur Verfügung stehenden 'Sinnbestimmungsmittel' zu vergewissern und deren Relevanz in bezug auf die konkrete Norm, also im Einzelfall, zu untersuchen. Insofern wird der herrschenden Meinung, die zur Klärung eines Methodenkonflikts eine "Abwägung" der einzelnen Sinnbestimmungsmittel vornimmt, gefolgt.

Das Gewicht der historischen Auslegung, die ergeben hat, daß § 755 ZPO nicht als Ermächtigungsgrundlage angesehen werden kann, ist unterschiedlich groß bei 'jungen' und

---

1) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 331 und Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, in: Festschrift für Ernst Rudolf Huber, S. 297.

2) Siehe aber Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 7 über die juristische Methode der Praxis: "..., daß unsere akademische Methodenlehre dem Richter weder Hilfe noch Kontrolle bedeutet". Gleichwohl hält auch Esser das juristische Handwerkszeug für unentbehrlich. "Mit der Erkenntnis der Bedingtheit durch Vorverständnis entfällt nicht die Möglichkeit, ausreichende Argumentationsleistung und abruptes Zurechtbiegen zu unterscheiden" (JZ 1975, 555).

bei 'alten' Gesetzen (1). Die Autorität des nachkonstitutionellen Gesetzgebers ist unter der Herrschaft der grundgesetzlichen Wertordnung gewichtiger als die des vorkonstitutionellen Gesetzgebers, der sich bei dem Erlaß seiner Gesetze nicht an der Verfassung orientieren konnte (2). Wenn sich der Richter bei einem nachkonstitutionellen Gesetz über den eindeutig erkannten Zweck des Gesetzes hinwegsetzt, wird man dieses Verhalten als Rechtsfortbildung anzusehen haben, die dem Richter durchaus gestattet sein mag, die ihm aber eine besondere Rechtfertigung und Begründung abverlangt (3).

Bei vorkonstitutionellen Gesetzen, zumal wenn ihnen keine demokratische Legitimation zuzuschreiben ist, wird man hingegen eine so weitgehende Bindung des Richters an das vom Gesetzgeber Gewollte nicht anzunehmen haben (4). In diesen Fällen erscheint es demzufolge gerechtfertigt, die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung mit der herrschenden Meinung (5) an dem noch

---

1) Siehe Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 64 ff; Kaufmann, JuS 1965, S. 7 ff; Larenz, Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, in: Festschrift für Ernst Rudolf Huber, S. 291, 296; Honsell, Historische Argumente im Zivilrecht, S. 174 m.w.N..

2) Siehe Michel, JuS 1961, 274 (281); Bender, MDR 1959, 441 (446).

3) Vgl. Bender, a.a.O., 441 (447).

4) Siehe Westerhoff, Methodische Wertung im Recht, S. 293.

5) Siehe Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 307 f; Zippelius, Auslegung als Legitimationsproblem, in: Festschrift für Karl Larenz, S. 743.

möglichen Wortsinn einer Norm zu ziehen, ohne sich dem Vorwurf einer "unbegrenzten Auslegung" (1) auszusetzen. Je mehr Zeit seit dem Gesetzeserlaß verstrichen ist, desto stärker wird daher auch das Gewicht der im Prinzip sich ausformenden objektiven Sinnelemente (2). Der "Wille des Gesetzgebers" tritt daher mit der Zeit zurück und bildet kein unüberwindliches Hindernis wie bei nachkonstitutionellen Gesetzen (3). Der Wortlaut hingegen gewinnt an Bedeutung, zumal die Normvorstellungen des Gesetzgebers regelmäßig hinter den Anwendungsmöglichkeiten zurückbleiben (4). Bei vorkonstitutionellen Gesetzen ist es gerechtfertigt, mit Bydlinski davon auszugehen, daß es im Fall eines Methodenkonflikts um so eher geboten ist, vom historischen Gesetzeszweck abzugehen, je leichter die neue Auslegung sprachlich mit dem gesetzlichen Wortlaut zu vereinbaren ist (5).

Denn die Adressaten, die von der neuartigen Interpretation betroffen sind, müssen damit

---

1) So der Titel von Bernd Rüthers' Abhandlung in bezug auf die vom Nationalsozialismus vorgenommene 'Umfunktionierung' des gesamten Rechtssystems.

2) Göldner, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 50; siehe auch Bender, MDR 1959, 441 (446 f); und Michel, JuS 1961, 274 (280 f).

3) Michel, JuS 1961, 274 (280).

4) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 315.

5) Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 580; siehe auch Hassold, Strukturen der Gesetzesauslegung, in: Festschrift für Karl Larenz, S. 223: Führt die Wortinterpretation hingegen zu

rechnen, daß der von dem Gesetzgeber veröffentlichten Form etwas Neues entnommen werden kann, wenn es sich ohne weiteres unter den Wortlaut subsumieren läßt. Insofern ist ein etwaiges Vertrauen auf den Fortbestand der "alten" Sichtweise und auf das Ausbleiben einer Innovation nicht schützenswert. Die Sachlage ist insofern durchaus vergleichbar derjenigen bei den sogenannten Generalklauseln. Auch dort hat der Gesetzgeber eine weite Form zur Verfügung gestellt, die oft geradezu als Motor für Innovationen fungiert.

Die Gewichtigkeit der historischen Auslegungsmethode ist daher abhängig vom Alter und von der demokratischen Legitimation des Gesetzes.

Allenthalben Einigkeit besteht darin, daß der verfassungskonformen Auslegung ein besonderes Gewicht beizumessen ist. Dies rechtfertigt sich durch die normhierarchische Gliederung unseres Rechtssystems und die Ranghoheit des Grundgesetzes. In ihrer weiteren Funktion als verfassungsorientierte Auslegung (1) ist sie darüber hinaus Ausdruck des Postulats der Einheit der Rechtsordnung und dem daraus abzuleitenden allgemeinen interpretatorischen Konformitätsprinzip (2). Ihre Grenzen freilich sind

---

einem eindeutigen Ergebnis, bestehe eine "gewisse Vermutung, daß der Wortsinn dem 'Willen des Gesetzgebers' entspricht ...".

1) Siehe oben S. 128.

2) Siehe Michel, JuS 1961, 274 (275).

nicht nur darin zu sehen, daß nicht unter Berufung auf sie ein Ergebnis erzielt wird, das durch keine andere Methode zu stützen ist, sondern auch durch verfassungsrechtliche Überlegungen, die insbesondere das Verhältnis von Richter und Gesetzgeber betreffen. Auf diesen Gesichtspunkt wird weiter unten noch einzugehen sein.

Aus den vorgenannten Überlegungen zur Gewichtigkeit und Rangfolge der einzelnen methodischen Kriterien folgt als Ergebnis eine "Abwägung" bei der hier in Rede stehenden Interpretation des § 755 ZPO, daß § 755 ZPO eine Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in die Wohnungsfreiheit des Dritten bilden kann. Denn sowohl die grammatische als auch die systematische als auch die teleologische Untersuchung sprechen eindeutig für diese Möglichkeit. Bei den letzteren beiden Betrachtungsweisen spielt wiederum der Gesichtspunkt der verfassungskonformen oder verfassungsorientierten Auslegung eine besondere Rolle, die zugunsten dieses Ergebnisses spricht.

Demgegenüber kann dem Ergebnis der historischen Sinnermittlung hier keine ausschlaggebende Bedeutung zuerkannt werden. Hervorzuheben ist zunächst, daß der Wille des historischen Gesetzgebers bei einer Interpretation des § 755 ZPO als Ermächtigungsgrundlage nicht verfälscht wird. Vielmehr wird der nach der subjektiven Methode ermittelte Sinn, der in der Vergangenheit auch stets die Anwendung bestimmt hat, bei-

behalten. Der "Aktionsradius" von § 755 ZPO wird lediglich durch das Hinzutreten eines weiteren "Zweckes" durch die interpretatorische Innovation (1) erweitert. Der historische Gesichtspunkt hat bei jüngeren Gesetzen unter Umständen entscheidendes Gewicht. Bei älteren Gesetzen muß er jedoch häufig geltungszeitlichen Argumenten (2) weichen. Die Gesetze sind keine Stimmen aus dem Grabe. Dies ist der Tribut der Zeit alternder Kodifikationen (3), die einem Bedeutungswandel unterliegen, der in einem offen-teleologischen System (4) im Gegensatz zu einem statisch-punktuell (5) verstandenen System unvermeidbar (6) ist.

Daß der 'Wille des Gesetzgebers' hier kein unüberwindbares Hindernis zu bilden vermag, steht allerdings in einem gewissen Gegensatz zu der Charakterisierung aller Normen der Zivilprozeßordnung als nachkonstitutionelle Gesetze, da diese vom Bundesgesetzgeber mit dem Vereinheitlichungsgesetz vom

---

1) Esser, Unmerklicher und merklicher Wandel der Judikatur, in: Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung, S. 217.

2) Kaufmann, JuS 1965, 7 ff.

3) Fischer, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, S. 13.

4) Göldner, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 62.

5) Ders., a.a.O., S. 65.

6) Siehe auch Honsell, Historische Argumente im Zivilrecht, S. 218: "Mehr als ein Drittel der untersuchten Reichgerichtsurteile hatte entstehungszeitliche Belege verwendet. Der BGH tut das gleiche in nicht einmal mehr einem Achtel seiner

12.9.1950 (1) insgesamt neu verkündet worden sind. Dies kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß sich die am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen gerade in bezug auf 'unbedeutende' Normen, die bislang ein Schattendasein geführt haben, eher gar keine Gedanken gemacht haben, als daß sie ihren Zweckvorstellungen bindende Kraft beimessen wollten (2). Daher hat die Charakterisierung als nachkonstitutionelles Gesetz zwar zur Folge, daß § 755 ZPO wegen der Verwerfungskompetenz nach Art. 100 GG nur vom Bundesverfassungsgericht seiner bisherigen Funktion beraubt werden könnte, nicht aber, daß die Bindung an das vom Gesetzgeber Gewollte in dem Sinne festgeschrieben wäre wie hier, wo es nicht um die Verwerfung des 'alten Zwecks', sondern um einen zusätzlichen 'neuen Zweck' geht. Denn die Autorität des nachkonstitutionellen Gesetzgebers wird nicht verletzt, da dieser durch die Übernahme des Wortlauts einen unverändert weiten Anwendungsbereich zur Verfügung gestellt hat und gerade keine eindeutige Regelung getroffen hat (3). Das Kriterium der historischen Betrachtungsweise muß daher zurücktreten.

Entscheidungen" ferner S. 219: "Von der Berufung auf gewandelte Verhältnisse machen die neueren Urteile in breitem Umfang Gebrauch".

1) BGBl I, S. 455.

2) Insofern ist die Formel von der 'Aufnahme in den Willen des nachkonstitutionellen Gesetzgebers' nicht besonders aussagekräftig.

3) Vgl. Koch-Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 268.

d.) Ergebnis

Als Ergebnis der Untersuchung anhand der Methodenlehre kann daher festgehalten werden, daß § 755 ZPO als Ermächtigungsgrundlage interpretiert werden kann, die Eingriffe in die Wohnungsfreiheit eines Mitbewohners im Rahmen der Zwangsvollstreckung gestatten kann.

3) Untersuchung anhand des Verfassungsrechts

a.) Kompetenzproblematik

Es stellt sich nunmehr die Frage, ob es in die Kompetenz des Interpreten bzw. des Richters fällt, eine bislang in anderem Zusammenhang gesehene Vorschrift so auszulegen und anzuwenden, daß ihr ein erweiterter Anwendungsbereich und eine vollkommen neue Funktion zugedacht wird, oder ob eine derartige Neuorientierung nicht unzulässigerweise den Gesetzgeber übergeht.

Die Methodenlehre ist nur e i n Mittel zur Begrenzung und Legitimierung des Richterrechts. Das andere Mittel, die Grenzen zwischen Richter und Gesetz herauszuarbeiten, ist das Grundgesetz selbst (1). Die Bedeutung des Grundgesetzes ist insofern gar

---

1) Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 82.

nicht zu überschätzen (1). Denn ihm ist letztlich die Antwort auf die Frage zu entnehmen, ob die Innovation und Neuinterpretation von Rechtsnormen Sache des Richters oder Sache des Gesetzgebers ist (2). Allerdings wird diese Problematik herkömmlicherweise nach lediglich bei der Rechtsfortbildung, nicht aber bei der Auslegung erörtert. Nichtsdestotrotz ist sie aber auch hier einschlägig. Zwar wird die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung üblicherweise bei dem noch möglichen Wortsinn einer Norm gezogen (3), doch ist nicht zu verkennen, daß es wesensmäßig bei beiden Tätigkeiten um Entscheidungen geht, denen ein wertendes Moment innewohnt, das bei Auslegung und Rechtsfortbildung nur unterschiedlich stark ausgeprägt ist. Die Übergänge zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung sind fliessend (4) und werden zudem von Anhängern einer subjektiven Theorie anders bestimmt als von den Vertretern einer eher objektiv ausgerichteten Methodenlehre (5). Während erstere dazu neigen, den Bereich der Auslegung enger zu ziehen, weil sie die Orientierung sowohl am Gesetzeswortlaut als auch am historischen Gesetzeszweck fordern, begnügen sich die Vertreter der objektiven Theorie mit der Wortlautgrenze. Daran ist aber kein Unterschied in der Kompetenzfra-

---

1) Redeker, NJW 1972, 409 (412).

2) siehe hierzu jüngst BVerfG WM 1984, 53 (55 f) - Sozialplanabfindungen - und BGHZ 90, 145 (152 ff).

3) Siehe oben S. 134 f.

4) Westermann, Gedanken zur Methode der richterlichen Rechtsfortbildung, in: Festschrift für Karl Larenz, S. 732.

5) Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 65.

ge geknüpft. Denn die "Subjektivisten" sind großzügiger in der Zulässigkeit einer "Rechtsfortbildung", die "Objektivisten" großzügiger bei der "Auslegung". Die unterschiedliche Nomenklatur darf also nicht darüber hinwegtäuschen, daß das zugrundeliegende Sachproblem das gleiche ist: Wer ist zur Anpassung und Fortentwicklung befugt, der Richter oder der Gesetzgeber? (1).

Ansatzpunkte der Beantwortung dieser Frage könnten sich aus dem Prinzip der Gewaltenteilung ergeben. Nach Art. 20 II GG wird die vom Volk ausgehende Staatsgewalt "durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt".

Diese Bestimmung wird allgemein als Ausdruck des Gewaltenteilungsgedankens angesehen. Historisch gesehen liegt der Sinn und die Funktion dieses Prinzips in der Gewaltentrennung und -balancierung zum Schutz des Bürgers (2). Neben diesem Zweck ist in neuerer Zeit eine weitere Funktion dieses Prinzips herausgearbeitet worden: Durch die Aufteilung der Staatsaufgaben und deren Organisation soll die Funktionsfähigkeit des Staates optimiert werden (3). Daraus ergibt

---

1) Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 69.

2) Meier-Hayoz, JZ 1981, 417 (419); vgl. auch Stein, NJW 1964, 1745.

3) Wank, a.a.O., S. 91.

sich das Gebot einer sachgemäßen Aufgabenzuweisung (1). Die Abgrenzung zwischen Legislative und Judikative ist danach nicht lediglich mit der Fragestellung vorzunehmen, ob die eine Gewalt durch eine Maßnahme unzulässigerweise in den Kernbereich einer anderen eingedrungen ist, sondern auch danach, wann der Bereich sachgemäßer Aufgabenwahrnehmung durch die eine oder andere Gewalt verlassen ist (2).

Das Verfahren vor Gericht ist im Gegensatz zum parlamentarischen Verfahren auf die Entscheidung von Einzelfällen zugeschnitten. Der Kreis des zur Verfügung stehenden Tatsachenmaterials ist beschränkt. In zahlenmäßiger Hinsicht gleichfalls beschränkt sind die an der Entscheidung beteiligten und die an der Entscheidung interessierten Personen. Das Verfahren vor Gericht ist im Vergleich zu dem Verfahren der Gesetzgebung dadurch gekennzeichnet, daß es weniger einer öffentlichen Einflußnahme unterworfen ist, durch die eine Berücksichtigung und Diskussion möglichst vieler Gesichtspunkte erreicht werden kann (3). Dem Mangel an Transparenz, Öffentlichkeit und pluralistischer Wertvielfalt entspricht eine im Vergleich zum Gesetzgeber weniger stark ausgeprägte demokratische Legitimation (4). Denn das Volk wird in erster Linie durch das Parlament repräs-

---

1) Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 91.

2) Wank, a.a.O., S. 92.

3) Meier-Hayoz, JZ 1981, 417 (421).

4) Wank, a.a.O., S. 256.

sentiert, das unmittelbar aus Wahlen hervorgeht und daher eine größere demokratische Legitimation besitzt (1).

Der Parlamentarier ist abwählbar, der Richter hingegen prinzipiell unabsetzbar. Er hat seine Entscheidungen daher auch nur in beschränktem Umfang zu verantworten - beides ist notwendige Folge der richterlichen Unabhängigkeit (2). Aus all diesen Gesichtspunkten ist zu folgern, daß der Bewegungsspielraum des Richters wesentlich enger sein muß als derjenige des Gesetzgebers und daß seine Entscheidungen durch die Bindung an Gesetz und Recht soweit wie möglich ableitbar und determiniert sein müssen (3). Der Richter hat, um noch einmal mit Flume zu sprechen, das Recht zu "finden", nicht aber zu "erfinden" (4).

Allerdings kann dies nur in dem Sinne als ein wichtiger Gesichtspunkt für die Abgrenzung von Richter- und Gesetzesrecht anerkannt werden, als damit ein Orientierungspunkt und ein Postulat gekennzeichnet ist, das es soweit wie möglich zu befolgen gilt. Denn bereits mehrfach ist betont worden, daß

---

1) Westerhoff, Methodische Wertung im Recht, S. 220; Meier-Hayoz, JZ 1981, 417 (421).

2) Vgl. Diederichsen, Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht, S. 63; Meier-Hayoz, a.a.O., 417 (421).

3) Flume, Richterrecht und Recht, S. 26: Wie der Richter allgemein nicht Recht zu setzen befugt ist, so hat er sich - ohne besondere gesetzliche Ermächtigung - aller Entscheidungen zu enthalten, die nicht rechtlich determiniert sind".

4) Ders., a.a.O., S. 25.

die Konkretisierung einer Norm auch bei der Auslegung über ein bloßes Nachdenken des bereits Vorgedachten hinausgeht (1) und daß nicht nur "Ein-zu-Ende-Denken", sondern auch "Ein-zu-Ende-Werten" der Normen stattfindet (2). Dem Richter steht es aber nicht zu, eigene "Sachziele" (3) und eigene "weltanschauliche Grundsatzentscheidungen" (4) zu verfolgen. Die Kompetenz des Richters endet daher dort, "wo die Neugestaltung überholten Gesetzesrechts von einer politischen Grundentscheidung abhängig ist und diese Entscheidung zu sachlich unterschiedlichen Regelungen führen kann. Ist hingegen eine solche politische Grundentscheidung insoweit nicht geboten oder von der Gesamtrechtsordnung bereits vorweggenommen und ist nach Lage der Dinge eine Auswahlmöglichkeit (Möglichkeit unterschiedlicher Regelungen) nicht gegeben, dann ist die Fortbildung des Rechts im Wege des Richterspruchs vorzunehmen" (5).

Dieser Ansicht ist beizupflichten, wenngleich zuzugeben ist, daß sich die Grenzen einer zulässigen schöpferischen Rechtsfindung durch den Richter nicht in einer Formel erfassen lassen, die für alle Rechtsgebiete gilt (6).

---

1) Siehe oben S. 115 f.

2) Stein, NJW 1964, 1745 (1752).

3) Flume, Richterrecht und Recht, S. 26.

4) Westerhoff, Methodische Wertung im Recht, S. 220.

5) Jahresbericht 1968/69 des BGH, NJW 1970, 1304 (1305).

6) BVerfGE 34, 269 (287); Zu der Grenze vom zulässigen Richterrecht vgl. auch: BVerfG WM 1984, 53 (55 f) und BGHZ 90, 145 (152 ff).

Forderte man hier aber eine exaktere Grenzziehung, müßte man dem Gesetzgeber eine Art der Gesetzgebung abverlangen, die er nicht zu leisten vermag, nämlich die Schaffung eines lückenlosen Normgeflechts, aus dem sich ohne Wertung und Willensakt des Richters der syllogistische Schluß des Richters ergäbe (1). Eine vernünftige Arbeits- und Funktionsteilung zwischen Legislative und Judikative kann nicht an der Tatsache vorbeigehen, daß auch das Gesetz einen Komplex bildet, "bestehend aus einem Text, aus dem in ihm zum Ausdruck kommenden Vorgedachten sowie aus dem in ihm mit der Zeit durch schöpferische Fortbildung Hineingedachten" (2). Allein dem Gesetzgeber obliegt die Entscheidung "strategischer" Fragen (3), also grundlegender, richtungsweisender Fragen, deren Beantwortung nicht ohne weiteres durch die Gesamtrechtsordnung vorprogrammiert ist. Dem Richter hingegen ist es nicht verwehrt, innerhalb des vom Gesetzgeber geschaffenen Rahmens im "relativ Unkontroversen", im "mehr oder weniger konsensfähigen Bereich" zu judizieren (4).

Im gleichen Sinn hat sich das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung im Jahre 1953 geäußert: "Im allgemeinen ist es zwar

---

1) Ipsen, Richterrecht und Verfassung, S. 233; Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, S. 323.

2) Meier-Hayoz, JZ 1981, 417 (418).

3) Ders., a.a.O., 417 (421).

4) Ders., a.a.O., 417 (421): Diese Befugnis des Richters vergleicht Meier-Hayoz mit der Taktik, die ein Fußballspieler als 'Mann an der Front' zu treffen habe in Gegensatz zur 'Strategie', die die Sache des Trainers sei.

so, daß eine vom Gesetzgeber unterlassene Regelung nicht durch die Gerichte nachgeholt werden kann. Hier liegt es aber so, daß vom Boden des geltenden Rechts aus ... nur noch eine Regelung denkbar ist, die dem Gleichheitssatz Rechnung trägt ... . Da sie mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar ist, kann sie von den Gerichten im Wege der Auslegung an die Stelle der bisherigen Auslegung gesetzt werden" (1).

Wenn § 755 ZPO als Ermächtigungsgrundlage interpretiert wird, wird durch diese Interpretation ein Instrument geschaffen, das wegen der verfassungsrechtlichen Lage absolut erforderlich ist und zu dem keine Alternative ersichtlich ist. Denn für den Gläubiger muß es eine Möglichkeit geben, notfalls, d.h. wenn andere Vollstreckungsarten ausscheiden oder erfolglos bleiben, auch in der Wohnung einer Wohngemeinschaft die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner betreiben zu können. Diese Möglichkeit kann ihm nur durch ein Gesetz eingeräumt werden, das als Ermächtigungsgrundlage für den durch Art. 13 GG geschützten Bereich des Dritten angesehen werden kann. Insofern hat der Gesetzgeber keine andere Wahl, als dieses verfassungsrechtlich vorgegebene Ziel auf diese Art und Weise zu erreichen. Hierzu ist mit § 755 ZPO jedoch bereits eine Norm zur Verfügung gestellt, der nun eine neue Funktion zugedacht wird, ohne daß der bisherige Zweck verworfen würde.

---

1) BVerfGE 2, 336 (340 f).

Der Gesetzgeber wird damit durch die Interpretation und Anwendung von § 755 ZPO als Ermächtigungsgrundlage nicht in unzulässiger Weise übergangen. Die Innovation darf durch den Richter erfolgen.

b.) Genügende Bestimmtheit von § 755 ZPO

Fraglich ist, ob § 755 ZPO dem Bestimmtheitserfordernis genügt. Es ist ein allgemein anerkanntes Prinzip des Rechtsstaates, daß Gesetze, zumal wenn sie den Eingriff in einen grundrechtlich geschützten Bereich legitimieren sollen, hinreichend bestimmt sein müssen (1). Der Bürger muß danach schon aus dem ermächtigenden Gesetz selbst ersehen können, "in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden wird ..." (2).

In § 755 ZPO ist eine Formulierung verwandt, die kaum an Deutlichkeit überboten werden kann: Der Gerichtsvollzieher wird dem Dritten gegenüber zur Zwangsvollstreckung e r m ä c h t i g t. Diese Diktion läßt in bezug auf die Voraussehbarkeit des möglicherweise drohenden Eingriffs nichts zu wünschen übrig, auch wenn § 755 ZPO bislang nicht als Ermächtigungsgrundlage angesehen und angewandt worden ist. Denn der Bürger muß damit rechnen, daß Vorschriften, die ihrem eindeu-

---

1) Ständige Rechtsprechung BVerfGE 1, 14 (60); 55, 207 (225 ff); Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, S. 129 f.

2) BVerfGE 1, 14 (60); Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 267 m.w.N..

tigen Wortlaut nach einem erweiternden Anwendungsbereich im Vergleich zu der bisherigen Handhabung offenstehen, mit einer neuen Zwecksetzung ausgefüllt werden (1). Da die Durchsuchung selbst in dem Bewußtsein von juristischen Laien geradezu einen typischen Unterfall des Begriffs Zwangsvollstreckung bildet, gilt dies auch hinsichtlich einer drohenden Wohnungsdurchsuchung.

Schließlich ergeben sich aus der Verwendung des Begriffs Zwangsvollstreckung auch keine durchschlagenden Bedenken wegen eines zu breiten Anwendungsbereiches. Zwar scheint sich die Formulierung "dem Dritten gegenüber zur Zwangsvollstreckung ermächtigt" - um einen Extremfall zu bilden - selbst dazu benutzen zu lassen, in die Vermögenssphäre des Dritten einzugreifen; diese Gefahr wird aber dadurch verhindert, daß das Erfordernis besteht, die übrigen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung wie Titel, Klausel, Zustellung etc. zu beachten. Die Befürchtung eines das sonstige System der Zwangsvollstreckung sprengenden uferlosen Anwendungsbereichs von § 755 ZPO ist daher nicht gerechtfertigt.

§ 755 ZPO ist mithin hinreichend bestimmt genug, um als Ermächtigungsgrundlage für

---

1) Bei gleichbleibendem Wortlaut gilt nach herrschender Ansicht nicht einmal das Rückwirkungsverbot nach Art. 103 GG (siehe Alternativkommentar-Wassermann, Art. 103 GG, Rn. 51 m.w.N.).

den Eingriff in den durch Art. 13 GG geschützten Bereich des Dritten angewandt zu werden.

c.) Verfassungswidrigkeit wegen fehlender richterlicher Anordnungsbefugnis nach Art. 13 II GG

Nach Art. 13 II GG ist, außer bei Gefahr im Verzuge, eine richterliche Anordnung für die Durchsuchung in der Wohnung erforderlich. § 755 ZPO enthält dieses richterliche Anordnungserfordernis nicht und könnte deshalb verfassungswidrig sein.

In bezug auf die einfachgesetzlich nicht vorgesehene Anordnung der Durchsuchung durch den Richter ist die Sachlage bei § 755 ZPO identisch mit derjenigen bei § 758 ZPO. Auch dort fehlt das Erfordernis einer richterlichen Anordnung. Das Bundesverfassungsgericht hat § 758 ZPO jedoch nicht für verfassungswidrig erklärt (1). Es hat vielmehr ausgeführt, § 758 ZPO werde durch Art. 13 II GG als unmittelbar geltendes und anzuwendendes Recht dahingehend ergänzt, daß, außer bei Gefahr im Verzug, eine richterliche Anordnung erfolgen müsse (2). Das Verfahren könne in Analogie zu § 761 ZPO gestaltet werden (3).

---

1) BVerfGE 57, 91 (115).

2) BVerfGE 51, 97 (114); kritisch Gusy, JuS 1980, 718 (722).

3) BVerfGE 51, 97 (114).

Es ist kein Grund ersichtlich, diese Gedanken nicht auch auf den bezüglich des fehlenden Erfordernisses einer richterlichen Anordnung sturkurgleichen § 755 ZPO anzuwenden.
§ 755 ZPO ist mithin nicht verfassungswidrig.

4) Ergebnis

Zusammengefaßt kann § 755 ZPO daher sowohl unter Beachtung methodischer als auch verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte als Ermächtigungsgrundlage interpretiert und angewandt werden, die den Eingriff in den durch Art. 13 GG geschützten Bereich des Dritten bei der Zwangsvollstreckung in der von dem Schuldner und dem Dritten bewohnten Wohnung ermöglicht.

II. Richterliche Anordnung

Nachdem somit eine taugliche Ermächtigungsgrundlage vorhanden ist, die dem Erfordernis des Vorbehalts des Gesetzes in bezug auf Art. 13 II GG gerecht wird, ist zunächst zu erörtern, ob auch in bezug auf den Dritten eine richterliche Durchsuchungsanordnung erwirkt werden muß.

1) Anordnung gegenüber dem Mitbewohner

Nach Art. 13 II GG dürfen Durchsuchungen - außer bei Gefahr im Verzug - nur durch den Richter angeordnet werden. Fraglich ist, ob damit im vorliegenden Zusammenhang auch eine richterliche Durchsuchungsanordnung gegenüber dem Mitbewohner erforderlich wird.

Ein derartiges Erfordernis erscheint zunächst befremdlich, da gegenüber dem Mitbewohner keine Zwangsvollstreckung im engeren Sinne der Zivilprozeßordnung stattfindet. Denn der Mitbewohner der Schuldnerwohnung wird durch die Wohnungsdurchsuchung nicht selbst Vollstreckungsschuldner. Vollstreckungsschuldner ist nur derjenige, gegen den der im Titel enthaltene Anspruch vollstreckt wird (1). Gegenüber dem Mitbewohner ist kein Anspruch tituliert. Gegen ihn soll daher auch nicht vollstreckt werden. Es soll nicht nach Gegenständen "gesucht" werden, die ihm gehören, sondern nach solchen, die sich im Gewahrsam des Schuldners befinden. Der Mitbewohner ist mithin Dritter, wenn und soweit seine Rechtsstellung durch die Vollstreckung betroffen wird. Betroffen wird er dadurch, daß der Gerichtsvollzieher bei der Zwangsvollstreckung gegenüber dem Schuldner auch in das durch Art. 13 GG geschützte Wohnrecht des Dritten eingreift.

Obwohl mit diesem Eingriff keine Durchsuchung im engeren Sinne verbunden zu sein braucht (2), ist oben dargelegt worden, daß es aus mehreren Erwägungen heraus sachgerecht ist, den Wohnungseingriff, der das Auffinden von Gegenständen zum Zwecke der Zwangsvollstreckung zum Ziel hat, einheitlich als Durchsuchung im Sinne von Art. 13 II GG aufzufassen, einerlei ob Teilabschnitte des Wohnungseingriffs als ein schlichtes "Betreten" oder "Durchschreiten" qualifiziert werden könnten (3).

---

1) Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung vor § 704 ZPO, Anm. III 2.

2) Siehe die oben S. 60 angeführten Beispiele.

3) Siehe oben S. 59 ff; insbesondere S. 63 f; vgl. auch E. Schneider, NJW 1980, 2377 (2381) der darauf hinweist, daß der Begriff

Daraus folgt, daß auch gegenüber dem Mitbewohner prinzipiell eine richterliche Durchsuchungsanordnung nach Art. 13 II GG ergehen muß. Aus Gründen der Klarheit kann man sich diese als eine "Duldungsanordnung" vorstellen.

2) Verfahren bei der Erteilung der richterlichen Anordnung

Im folgenden ist zu untersuchen, ob die richterliche Anordnung dem Mitbewohner zuzustellen ist und ob der Mitbewohner in der Anordnung namentlich aufgeführt werden muß.

a.) Zustellung der Anordnung

Soweit ersichtlich, spricht sich lediglich das Landgericht Zweibrücken ohne Begründung beiläufig dafür aus, daß dem Schuldner die Durchsuchungsanordnung zuzustellen sei (1). Demgegenüber vertritt die ganz herrschende Ansicht den Standpunkt, daß die richterliche Durchsuchungsanordnung lediglich bei der Zwangsvollstreckung vorzuzeigen sei (2).

---

des Durchsuchens zu eng sei und die eigentliche ratio des Art. 13 GG nicht der Schutz vor Durchsuchungen sei, sondern das Verbot an die öffentliche Gewalt, in die räumliche Privatsphäre einzudringen.

1) LG Zweibrücken, DGVZ 1980, 27 (28).

2) BFH, DB 1980, 1426 (1428); AG Hamburg DRPfleger 1980, 385; E. Schneider, NJW 1980, 2377 (2382); Bischof, ZIP 1983, 522 (532); Zöller-Stöber, Zivilprozeßordnung, 14 Aufl., § 758 ZPO, Rn. 23.

Dieser herrschenden Auffassung ist zu folgen. Das Bundesverfassungsgericht hat für die Ausgestaltung des Verfahrens ausdrücklich auf eine Analogie zu § 761 ZPO hingewiesen (1). Aus § 761 II ZPO, demzufolge die Verfügung v o r z u z e i g e n ist, wird allgemein der Schluß gezogen, daß eine Zustellung nicht zu erfolgen brauche (2). Zudem kann man auf den bei einer Zwangsvollstreckung nach Möglichkeit zu erzielenden Überraschungseffekt und die entsprechende Regelung in § 909 S. 2 ZPO verweisen, wonach der Haftbefehl dem Schuldner (erst) bei der Verhaftung vorzuzeigen ist (3).

Wenn schon gegenüber dem Schuldner keine Zustellung der richterlichen Anordnung zu erfolgen hat, scheint sich erst recht eine Zustellung gegenüber dem Mitbewohner zu erübrigen, da er als Dritter von dem Wohnungseingriff weniger stark tangiert ist als der Schuldner. Etwas anderes könnte sich allerdings deswegen ergeben, weil der Dritte am bisherigen Verfahren nicht beteiligt gewesen ist und durch eine förmliche Zustellung in besonderem Maße die Gewährung rechtlichen Gehörs sichergestellt werden kann.

Von der Frage der Zustellung der richterlichen Anordnung ist aber die Frage einer Beteiligungsmöglichkeit des Dritten v o r Erteilung dieser Anordnung zu unterscheiden.

---

1) BVerfG, DGVZ 1979, 115 (121).

2) BFH, DB 1980, 1426 (1428); Stein-Jonas-Pohle, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, § 761 ZPO, Rn. 2; Zöller-Stöber, ZPO, 14. Aufl., § 758, Rn. 23.

3) AG Hamburg, LRPfleger 1980, 395 (396).

Rechtliches Gehör kann dem Dritten vorher dadurch gewährt werden, daß er von dem Verfahren benachrichtigt wird. Ob eine derartige Benachrichtigung lediglich zuzugehen braucht oder aber zugestellt werden muß, wird bei den "Voraussetzungen der richterlichen Durchsuchungsanordnung" (1) geprüft werden.

Aufgrund der gleichen Überlegungen wie in bezug auf den Schuldner bedarf es also keiner Zustellung der richterlichen Anordnung an den Mitbewohner. Es reicht aus, wenn der Gerichtsvollzieher die Anordnung bei oder vor dem Wohnungseingriff dem Mitbewohner vorzeigt.

b.) Namentliche Aufführung des Dritten in der Anordnung

Der Name des nichteinwilligenden Mitbewohners sollte grundsätzlich in der Durchsuchungsanordnung aufgeführt sein, da ein Eingriff in sein Grundrecht erfolgt und die Voraussetzungen der Durchsuchungsanordnung gerade auch in bezug auf ihn zu prüfen sind (2).

In aller Regel wird dem Gläubiger der Name des Dritten auch bekannt sein, da ihn der Gerichtsvollzieher bei dem Vollstreckungsversuch erfragen bzw. dem Türschild entnehmen kann.

---

1) Siehe unten S. 170 ff.

2) Für eine namentliche Bezeichnung nach AG München, DGVZ 1980, 117 (119).

Schwierigkeiten ergeben sich für den Gläubiger jedoch dann, wenn ihm der Dritte nicht namentlich bekannt ist, weil er sich beispielsweise weigert, seine Identität preiszugeben. Fraglich ist, ob in einem derartigen Fall auf die Benennung des Dritten in der richterlichen Durchsuchungsanordnung verzichtet werden kann oder nicht. Im letzteren Fall müßte dem Gläubiger ein Weg eröffnet werden können, mittels dessen er die Identität des Dritten in Erfahrung bringen kann. Denn ein Ergebnis, daß die Wohnungsdurchsuchung wegen des Drittwiderspruchs für unzulässig hielte, stünde mit Art. 14 GG nicht in Einklang und wäre verfassungswidrig (1).

Zu denken wäre diesbezüglich etwa an ein Amtshilfeersuchen an die Polizei auf Identitätsfeststellung des Dritten (2) oder auch an den Verweis des Gläubigers auf einen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegenüber dem Schuldner auf Namhaftmachung seines Mitbewohners (3).

Beide Möglichkeiten würden aber eine weitere Erschwernis und einen weiteren Aufwand bedeuten: Eine einstweilige Verfügung mit anschließender Zwangsvollstreckung nach § 887 ZPO würde zumindest zu einer nochmaligen Verzögerung führen. Eine Identitätsfest-

---

1) Siehe oben S. 91, 97.

2) Vgl. Kleffmann, "Unbekannt" als Parteibezeichnung, S. 139 ff und insbesondere S. 160 f; Raeschke-Kessler, NJW 1981, 663 (664).

3) Vgl. Baur-Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, S. 365, Rn. 925.

stellung durch die Polizei läge nach dem Opportunitätsprinzip in deren pflichtgemässem Ermessen und könnte daher, wenn keine Ermessensreduzierung auf Null gegeben ist, abgelehnt werden (1). Außerdem sollte die Hinzuziehung der Polizei bei der Zwangsvollstreckung bis auf die Fälle, in denen Gewalt im Spiele ist (vgl. § 758 III ZPO), die Ausnahme bleiben. Sie würde zu einer - wie noch zu zeigen sein wird - unnötigen Inanspruchnahme der Ordnungskräfte führen.

Zu erwägen wäre schließlich noch, dem Gläubiger aufzugeben, den Namen des widersprechenden Dritten etwa durch eine Anfrage beim Einwohnermeldeamt oder beim Vermieter zu ermitteln. Fraglich ist aber, ob dem Gläubiger solche Ermittlungen zuzumuten sind. Denn der Vermieter ist keineswegs zur Auskunft verpflichtet (2), und eine negative Auskunft beim Einwohnermeldeamt berechtigt nicht zu dem Schluß, der Dritte wohne nicht in der Wohnung (3).

Daraus folgt, daß dem Gläubiger derartige Ermittlungen oft nicht weiterhelfen. Sie sind ihm aber auch schwerlich zuzumuten, da der Grund für die Unkenntnis des Namens ausschließlich in der Weigerung des Mitbewohners liegt, seine Identität preiszugeben.

---

1) Siehe Kleffmann, "Unbekannt" als Parteibezeichnung, S. 104 m.w.N..

2) Siehe auch AG Offenbach, DWW 1976, 92.

3) Nach richtiger Ansicht kann der Schutz des Art. 13 GG sogar unberechtigten Bewohnern zur Seite stehen (so Dagtaglou, JuS 1975, 753 (755) und Fn. 23), da es nicht auf die zivilrechtlichen Kategorien von rechtmäßig und rechtswidrig ankommt,

Zu prüfen ist daher, ob auf die namentliche Aufführung des Dritten in der richterlichen Anordnung verzichtet werden kann. Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) beherrscht nicht nur das materielle Recht, sondern auch das Prozeßrecht und die gesamte Rechtsordnung (1). Im Prozeßrecht wird § 242 BGB analog angewandt (2).

Aus § 162 BGB läßt sich der allgemeine Rechtsgedanke ableiten, daß niemand aus einem von ihm treuwidrig herbeigeführten Ereignis Vorteile herleiten darf (3). Die Zivilprozeßordnung selbst enthält in §§ 444, 494 ZPO Fälle, in denen unredliches Verhalten einer Partei, sanktioniert wird bzw. ein Verfahren stattfinden kann, ohne daß der Gegner bezeichnet werden kann (4).

Derjenige aber, der Tatsachen, die in seiner alleinigen Zugriffssphäre liegen, nicht offenbart, obwohl ihm dies ohne jegliche Schwierigkeit möglich wäre und bei dem kein schützenswertes Interesse an der Verweige-

---

sondern auf die sozial zuerkannte Privatheit (siehe Alternativkommentar-Berkemann, Art. 13 GG, Rn. 31; a.A. Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Kommentar, Art. 13 GG, Rn. 4); siehe auch BGH, NJW 1978, 1858 zum Begriff "Wohnung" i.S.d. Zustellungsvorschriften: Es komme auf das tatsächliche Wohnen an, nicht auf die polizeiliche Meldung.

1) Siehe Kleffmann, "Unbekannt" als Parteibezeichnung, S. 53-101, insbesondere S. 64, 67, 93 f und S. 100 f.

2) Ders., a.a.O., S 68.

3) Palandt-Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, § 162 BGB, Anm. 1 und 4; Kleffmann, a.a.O., S. 100.

4) Vgl. Kleffmann, a.a.O., S. 75 f und 100.

rung ersichtlich ist, handelt unredlich. Er kann sich auf Normen, die vornehmlich ihn zu schützen bestimmt sind, nicht berufen, wenn er durch sein Verhalten deren Befolgung unmöglich macht. Er muß sich dann nach Treu und Glauben so behandeln lassen, als liege sein treuwidriges Verhalten nicht vor.

Wenn ein Mitbewohner seine Einwilligung zum Wohnungseingriff unter Hinweis auf sein Wohnrecht nicht erteilt, sich aber weigert, seine Identität preiszugeben, handelt er demzufolge treuwidrig. Es ist kein Grund ersichtlich, der seine Weigerung rechtfertigen könnte. Er darf aus der von ihm selbst herbeigeführten Namenslosigkeit keine Vorteile zu Lasten des Gläubigers ziehen.

Im vorliegenden Zusammenhang kann sich der Mitbewohner folglich nicht darauf berufen, daß sein Name in der richterlichen Anordnung nicht aufgeführt ist.

Die Rechtmäßigkeit dieses Ergebnisses läßt sich erhärten, wenn man sich den Sinn und den Zweck der richterlichen Vorschaltung in Art. 13 II GG vergegenwärtigt: Dieser besteht neben der Wahrung des rechtsstaatlichen Gesamtbildes in der Gewährung rechtlichen Gehörs und der Prüfung der Vollstreckungsvoraussetzungen in richterlicher Unabhängigkeit (1).

---

1) BVerfGE, NJW 1981, 2111; siehe auch BVerfGE, 51, 97 (114) und Amelung, ZZP 88, 75 (80).
Lagtoglou, JuS 1975, 753 (757); Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Kommentar, Art. 13 GG, Rn. 15; vgl. auch J.-D. Kühne, Grundrechtlicher Wohnungsschutz und Vollstreckungsdurchsuchungen, S. 72.

All diesen Voraussetzungen kann auch ohne die namentliche Benennung des Mitbewohners in der Durchsuchungsanordnung entsprochen werden. Dem objektiv-rechtlichen Gesamtbild des Wohnungseingriffes ist genüge getan, da der Eingriff nur als "ultima ratio" erfolgen darf, um das durch Art. 14 GG geschützte Recht des Gläubigers realisieren zu können (1). Insofern kommt dem Richter auch eine Kontrollfunktion zu, die er auch dann ausüben kann, wenn ihm der Name des Dritten nicht bekannt ist.

Bedenken gegen dieses Ergebnis - keine namentliche Aufführung des Dritten in der Durchsuchungsanordnung, wenn er sich geweigert hat, seine Identität preiszugeben - könnten sich aber daraus ergeben, daß der Dritte, gegenüber dem die Anordnung ergangen ist, nicht von anderen Mitbewohnern, die beispielsweise erst zu einem späteren Zeitpunkt widersprechen, unterschieden werden kann. Die Problematik ähnelt damit derjenigen bei den Fällen "Titel gegen Unbekannt" oder "Zwangsvollstreckung gegen Unbekannt". Bei diesen geht es um die Frage, ob es dem Gläubiger in Ausnahmesituationen gestattet werden kann oder sogar m u ß, einen Anspruch gegenüber einem Schuldner durchzusetzen, dessen Name nicht feststeht (2). Prüfungsmaßstab sind insoweit §§ 253 II Nr. 1 und 130 Nr. 1 ZPO.

---

1) Siehe oben S. 105 f.

2) Kleffmann, "Unbekannt" als Parteibezeichnung, S. 1 u. 36 ff; Raeschke-Kessler, NJW 1981; 663; siehe auch Lisken; NJW 1982; 1156; aus der Rechtsprechung vgl. LG Krefeld, NJW 1982; 289; LG Hannover, NJW 1981; 1455; LG Düsseldorf; wiedergegeben bei Raeschke-Kessler; a.a.O.

Diese beinhalten lediglich das Gebot, d a ß die Identität der Parteien feststeht, nicht aber w i e dies zu gewährleisten ist (1).

Daher wird es unter bestimmten Umständen für ausreichend gehalten, wenn der Antragsgegner lediglich durch sogenannte "mittelbare" Individualisierungsmerkmale wie Alter, Geschlecht und Aufenthaltsort bestimmt wird (2). Derartige mittelbare Individualisierungsmerkmale können auch bei den hier in Rede stehenden Fällen festgestellt werden, wenn der Dritte widerspricht. Der Gerichtsvollzieher kann etwa das ungefähre Alter, die Größe, Geschlecht und Haarfarbe im Protokoll vermerken. In der richterlichen Durchsuchungsanordnung kann diese Beschreibung zur Grundlage einer hinreichenden Individualisierung des Mitbewohners, gegenüber dem die Anordnung ergeht, benützt werden. Eine Unterscheidung von anderen Mitbewohnern ist damit soweit wie möglich erfolgt.

Eine derartige mittelbare Individualisierung in der Durchsuchungsanordnung ist ausreichend, insbesondere wenn man sich vergegenwärtigt, daß im vorliegenden Zusammenhang eher geringere Anforderungen an eine hinreichende Individualisierung zu stellen sind als in den Fällen "Titel gegen Unbekannt", da der Mitbewohner nicht Partei eines Verfahrens werden soll, sondern als Dritter weniger stark betroffen wird.

Wenn hingegen nicht einmal die Angabe hinreichender mittelbarer Individualisierungs-

---

1) Kleffmann, "Unbekannt" als Parteibezeichnung, S. 33 ff.

2) Vers., a.a.O., S. 33 ff.

merkmale möglich ist, der widersprechende Dritte also vollkommen anonym bleibt, indem er beispielsweise die Türe erst gar nicht öffnet, ist zu erwägen, ob der Widerspruch unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) als unbeachtlich zu behandeln ist, so daß in bezug auf den Dritten eine richterliche Anordnung nicht erforderlich ist.

Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung, die bei einer anders nicht zu lösenden Grundrechtskollision zwischen Gläubiger und Drittem prinzipiell zugunsten des Gläubigers ausfällt (1), ist ein derartiges Ergebnis jedenfalls einem Ergebnis vorzuziehen, welches das durch Art. 14 GG geschützte Gläubigerrecht an dem anonym erklärten Widerspruch scheitern ließe. Letztendlich gibt daher auch hier die verfassungsrechtliche Wertung die Begründung und den Ausschlag dafür, daß der Widerspruch des Dritten, der nicht hinreichend zu individualisieren ist, unbeachtlich ist und es keiner richterlichen Anordnung bedarf.

Die Unbeachtlichkeit des Drittwiderspruchs sollte aber nicht schon immer und automatisch dann angenommen werden, wenn der Name des Dritten nicht bekannt ist. Denn Sinn und Zweck der Richtervorschaltung können oft auch da erfüllt werden, wo der Name des Dritten nicht bekannt ist (2). Ferner kann die Notwendigkeit einer hinreichenden

---

1) Siehe oben S. 97 f.
2) Siehe oben S. 159 f.

Bestimmbarkeit des Dritten oft auch durch die Angabe mittelbarer Individualisierungsmerkmale erfüllt werden, so daß eine richterliche Anordnung ergehen kann.

3) Voraussetzungen einer richterlichen Anordnung gegenüber dem Mitbewohner

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 3.4.1979 hat der Richter insbesondere den allgemeinen Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Vorliegen der förmlichen und materiellen Zwangsvollstrekkungsvoraussetzungen zu überprüfen (1). Eine inhaltliche Überprüfung des Titels selbst bleibt außer Betracht.

a.) Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen

Die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen, wie insbesondere Titel, Klausel, Zustellung, brauchen vom Richter in bezug auf den Mitbewohner nicht überprüft zu werden, da dieser nicht Vollstreckungsschuldner, sondern Dritter ist (2). Dem Richter erwächst insofern also keine Kontrollfunktion.

b.) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit muß man sich zunächst die bereits oben aufgezeigte Besonderheit vor Augen halten: Es kommt bei der zivilprozessualen Zwangsvoll-

---

1) BVerfGE 51, 97 (113).

2) Siehe oben S. 152.

streckung in der Wohnung des Schuldners und des Dritten zu einer Grundrechtskollision nicht nur im Verhältnis von Gläubiger und Schuldner, sondern auch im Verhältnis von Gläubiger und Drittem (1). Nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz ist eine Lösung anzustreben, die weder das durch Art. 14 GG geschützte Gläubigerrecht noch das durch Art. 13 GG geschützte Recht des Dritten, in Ruhe gelassen zu werden, vollkommen zurückdrängt, sondern eine Optimierung b e i d e r Grundrechtspositionen ergibt. Die kollidierenden Grundrechtspositionen sind danach zum schonendsten Ausgleich zu bringen.

Wenn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vor diesem Hintergrund gesehen und angewandt wird, bestehen gegen seine Geltung auch bei der zivilprozessualen Zwangsvollstreckung jedenfalls im Hinblick auf das Verhältnis von Gläubiger und D r i t t e m keine Bedenken (2).

Erwägungen, die im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zwischen Gläubiger und Schuldner diskutiert werden, wie der Verweis des Schuldners auf das Rechtsbehelfsverfahren, die Schaffung eines gradus executionis oder die Höhe der zu vollstreckenden Forderung (3), sind für das Verhältnis

---

1) Siehe oben S. 95.

2) Die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird zwar von der herrschenden Meinung dem Grunde nach auch zwischen Gläubiger und Schuldner anerkannt; die hieraus zu ziehenden Konsequenzen und die Verfahrensweise sind aber überaus umstritten, siehe oben S. 90.

3) Siehe oben S. 46 u. 92 ff.

von Gläubiger und Drittem nicht ausschlaggebend. Die durch Art. 13 GG geschützte Position des Dritten ist, wie oben herausgearbeitet wurde, dadurch gekennzeichnet, daß der Dritte an dem Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsverfahren in keinerlei Weise beteiligt gewesen ist, ihm kein rechtliches Gehör gewährt worden ist und für ihn die Zwangsvollstreckung in der Regel völlig überraschend kommt. Auf keinen Fall kann dem Dritten zugemutet werden, die Durchsuchung und die Zwangsvollstreckung durch Zahlung abzuwenden.

Von daher ist ein Eingriff in den grundrechtlich durch Art. 13 GG geschützten Bereich jedenfalls dann unverhältnismäßig und unzulässig, wenn der Gläubiger sich durch den Zugriff auf Schuldnervermögen befriedigen kann, ohne gerade in der gemeinsamen Wohnung zu vollstrecken.

Die Zwangsvollstreckung in der vom Schuldner und dem Dritten bewohnten Wohnung ist, wenn der Dritte in die Beeinträchtigung seines durch Art. 13 GG geschützten Rechts nicht einwilligt, nur als "ultima ratio" zu gestatten. Nur in diesem Fall muß die Grundrechtskollision dadurch gelöst werden, daß eines der beteiligten Grundrechte, also entweder Art. 14 GG oder Art. 13 GG, völlig zurückgedrängt wird. Da die Position des Gläubigers aus Art. 14 GG in der Regel, d.h. wenn der Dritte oder ein Familienmitglied nicht beispielsweise krank ist, aus den oben angeführten Gründen stärker zu gewich-

ten ist als diejenige des Dritten (1), ist die richterliche Anordnung, für die § 755 ZPO als Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung steht, in diesem Fall zu erlassen.

Diese Lösung der Grundrechtskollision zwischen Gläubiger und Drittem hat unter Umständen zur Folge, daß der Gläubiger eine Vollstreckungsart wählen muß, die den Schuldner härter treffen kann als die Zwangsvollstreckung in der Wohnung. Denn eine Pfändung seines Arbeitslohns mag im Extremfall zum Verlust seines Arbeitsplatzes führen, die Versteigerung seines Grundstücks oder seines Geschäftsanteils seinen wirtschaftlichen Ruin bedeuten (2). Diese Konsequenzen sind aber für den Schuldner vermeidbar: Er kann seinerseits die Forderung einziehen und den Gläubiger befriedigen oder die Forderung dem Gläubiger erfüllungshalber abtreten (3). Außerdem kann er dem Gerichtsvollzieher an der Eingangstür Sachen übergeben. Auch wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in das dem Schuldner gehörende Haus, das von diesem und dem Dritten bewohnt wird, betreibt, hat der Schuldner die Möglichkeit, die Zwangsverwertung zu verhindern. Er kann entweder seinen Mitbewohner davon überzeugen, daß die Weigerung, dem Gerichtsvollzieher den Zugang zu der Wohnung zu gestatten, auch für

---

1) Siehe oben S.

2) Peters, Die richterliche Anordnung zur Zwangsvollstreckung nach § 758 ZPO, in: Festschrift für Fritz Baur, S. 549 (554).

3) Ders., a.a.O., S. 554.

ihn mißliche Konsequenzen haben kann, da der Ersteher in der Zwangsversteigerung von dem Sonderkündigungsrecht nach § 57 a ZVG Gebrauch machen kann, oder er kann meinen Mitbewohner mittels Klage oder einstweiliger Verfügung dazu zwingen, sein Einverständnis zu erteilen. Aus der schuldrechtlichen Innenbeziehung und Treu und Glauben kann für den Dritten gegenüber dem Schuldner die Pflicht erwachsen, den Zutritt des Gerichtsvollziehers zu der Wohnung zuzulassen, um den Eintritt eines für den Schuldner unverhältnismäßig hohen Schadens, wie er durch die Zwangsverwertung des Hauses eintreten kann, abzuwenden.

Zu prüfen bleibt, mittels welchen Verfahrens der Gläubiger in die Lage versetzt werden kann, zunächst Befriedigung durch das Betreiben der Zwangsvollstreckung in außerhalb der Wohnung gelegene Vermögenswerte des Schuldners zu suchen.

Da dem Gläubiger die Vermögensverhältnisse des Schuldners in der Regel nicht bekannt sind und eine zentrale Vollstreckungsinstanz mit der Befugnis, diese von Amts wegen aufzuklären - wie etwa nach der öZPO - nach deutschem Recht nicht existiert (1), besteht

---

1) Siehe Peters, Die richterliche Anordnung zur Zwangsvollstreckung nach § 758 ZPO, in: Festschrift für Fritz Baur, S. 549 (553); Gerhardt, ZZP 95, 467 (486); Vollkommer, JA 1982, 286 (293 f); Zur rechtspolitischen Diskussion vgl. Gaul, JZ 1973, 473 (475 u. 478 ff); Ders., JZ 1974, 279 (280); Brehm, DRPfleger 1982, 125; Baur-Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Rn. 41, S. 21.

de lege lata für den Gläubiger die einzige Möglichkeit, die Vermögensverhältnisse des Schuldners in Erfahrung zu bringen, darin, das Offenbarungsversicherungsverfahren nach § 807 ZPO zu betreiben. Zu prüfen ist daher, ob dieser Weg für den Gläubiger offensteht, wenn die Wohnungsdurchsuchung an dem fehlenden Einverständnis des Dritten scheitert.

Wenn der Gerichtsvollzieher die Wohnung des Schuldners ohne richterliche Anordnung nicht hat durchsuchen können, weil der Schuldner nicht anwesend war oder er den Zutritt verweigert hat, ist es in Rechtsprechung und Literatur umstritten, ob die Voraussetzungen des § 807 ZPO erfüllt sind. Die ablehnende Ansicht beruft sich darauf, § 807 ZPO setze den Zugriff auf pfändbare Habe voraus. Der Gläubiger habe eben nicht glaubhaft gemacht, daß er durch Pfändung seine Befriedigung nicht vollständig erlangen könne, wenn der Gerichtsvollzieher vor verschlossener Tür unverrichteter Dinge wieder habe kehrt machen müssen (1). Die Gegenansicht sieht die Voraussetzungen des § 807 ZPO hingegen auch dann als erfüllt an, wenn der Schuldner die Durchsuchung seiner Wohnung verweigert hat (2) oder eine richterliche Durchsuchungsanordnung nicht zu erlangen ist (3).

---

1) OLG Düsseldorf, NJW 1980, 1171; AG Essen, DGVZ 1982, 158 (159); AG Hannover, DGVZ 1977, 27 (28); Gerhardt, ZZP 95, 467 (486 Fn. 80); Seip, DGVZ 1980, 84 (Fn. 25).

2) LG Aachen, DRPfleger 1981, 444; Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, § 807 ZPO, Anm. 3 c; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Zivilprozeßordnung, § 807 ZPO, Anm. 2 B c.

3) OLG Stuttgart, DRPfleger 1981, 152; AG München, DGVZ 1981, 117 (119); Behr, DGVZ 1980, 49 (52, Fn. 31).

Dieser Ansicht ist beizupflichten. Die Offenbarungsversicherung steht zwar klassischerweise am Schluß der Vollstreckung (1); gleichwohl kann man den Wortlaut von § 807 ZPO zwanglos auch dann als erfüllt ansehen, wenn die Zwangsvollstreckung in der Wohnung an der Abwesenheit oder dem Widerspruch des Schuldners scheitert. Denn der Gläubiger kann dann durch die Vorlage des Gerichtsvollzieherprotokolls, aus dem sich die Ergebnislosigkeit des Pfändungsversuchs ergibt, glaubhaft machen, "daß er durch die Pfändung seine Befriedigung nicht vollständig erlangen könne" (§ 807 I 1 ZPO). Das Gleiche gilt, wenn die Wohnungsdurchsuchung an dem Drittgewahrsam scheitert. Auch dann ist die Sachpfändung jedenfalls zunächst einmal fehlgeschlagen. Eine auf § 755 ZPO gestützte richterliche Durchsuchungsanordnung gegen den Dritten, die erforderlich wäre, um den Widerstand des Dritten zu überwinden, könnte wegen der zu berücksichtigenden Grundrechtsposition des Dritten so lange nicht ergehen, als der Gläubiger nicht darlegen kann, daß er alle anderen Vollstreckungsarten versucht hat oder diese aussichtslos sind (2).

Der Gläubiger kann daher das Offenbarungsversicherungsverfahren nach § 807 ZPO betreiben und so in Erfahrung bringen, ob andere Vollstreckungsarten gegen den Schuldner möglich sind, so daß die Beeinträchtigung

---

1) Siehe Gaul, JZ 1973, 473 (474).

2) Siehe oben S.

des Dritten vermieden werden kann und muß. Wegen der durch Art. 14 GG geschützten Position des Gläubigers, aus der der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz abzuleiten ist (1), muß dem Gläubiger dieser Weg eröffnet werden, da hierzu bei der geltenden Rechtslage keine Alternative ersichtlich ist.

Aufgrund der von dem Schuldner abgegebenen Offenbarungsversicherung kann der Gläubiger nunmehr entweder die Vollstreckung in außerhalb der Wohnung gelegene Vermögensobjekte betreiben, oder er kann die nach dem Beibringungsgrundsatz von ihm nachzuweisende (2) Voraussetzung erbringen, unter der die richterliche Erlaubnis nach Art. 13 II GG in der Regel zu erteilen ist, daß nämlich die Wohnungsdurchsuchung für den Gläubiger das einzige Mittel, die ultima ratio ist, sein durch Art. 14 GG geschütztes Recht zu realisieren.

c.) Rechtliches Gehör

Fraglich ist, ob dem Mitbewohner vor Erlaß der richterlichen Durchsuchungsanordnung rechtliches Gehör zu gewähren ist.

Nach Art. 103 GG ist grundsätzlich das Recht gewährleistet, sich v o r Erlaß einer Ent-

---

1) BVerfGE 46, 325 (334) und BVerfGE 49, 220 (225): "Die verfassungsrechtliche Gewährleistung beeinflußt nicht nur die Ausgestaltung des materiellen Rechts, sondern wirkt zugleich auf das zugehörige Verfahrensrecht ein"; vgl. Bethge, NJW 1982, 1 (6).

2) Behr, DGVZ 1980, 49 (52).

scheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zum Verfahrensgegenstand äußern zu können (1). Berechtigt ist jedermann, der durch den Verfahrensausgang eine "unmittelbare Beeinträchtigung in eigenen Rechten" erleiden kann (2). Da bei einer Zwangsvollstreckung in einer von einer Wohngemeinschaft bewohnten Wohnung der Schutzbereich des Art. 13 GG des Mitbewohners betroffen wird, ist dem Dritten grundsätzlich vor Erlaß der richterlichen Durchsuchungsanordnung rechtliches Gehör zu verschaffen.

In bezug auf den S c h u l d n e r ist diese Auffassung vom Bundesverfassungsgericht für den Fall der Wohnungsdurchsuchung ausdrücklich vertreten worden (3). Allerdings kann dem Bundesverfassungsgericht zufolge dieser Grundsatz Ausnahmen erfahren, wenn die Sicherung gefährdeter Interessen dies verlangt (4). Wann dies der Fall sei, sei eine rein tatsächliche Frage und könne nach richterlichem Ermessen auch unter Heranziehung allgemeiner Erfahrungsgrundsätze beurteilt werden, so daß eine detaillierte Darlegung seitens des Vollstreckungsgläubigers ausreichen könne, um dem Richter eine hinreichende Entscheidungsgrundlage zu verschaffen (5). Die Ansicht in Rechtsprechung und Literatur zu der Frage, ob und in welcher Form dem S c h u l d n e r

---

1) BVerfG, NJW 1981, 2111 (2112); v. Münch-Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 103 GG, Rn. 8.

2) BVerfGE 17, 358 (361); 21, 132 (137); BVerfG, JZ 1982, 350.

3) BVerfG, NJW 1981, 2111 (2112).

4) BVerfG, NJW 1981, 2111 (2112).

5) BVerfG, NJW 1981, 2111 (2112).

rechtliches Gehör zu gewähren ist, reichen von einer weitgehenden Ablehnung (1) bis zu der Forderung, dem Schuldner müsse stets und ausnahmslos vor der Entscheidung rechtliches Gehör gewährt werden (2). In den Stellungnahmen, die zu diesem Problemkreis nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts abgegeben worden sind, wird diesem weitgehend gefolgt (3).

Die Frage, ob vor der Wohnungsdurchsuchung bei einer Wohngemeinschaft auch dem nicht einwilligenden D r i t t e n rechtliches Gehör zu gewähren ist, ist bislang, soweit ersichtlich, nicht erörtert worden. Seine Rechtsstellung ist jedoch, wie schon mehrfach erwähnt worden ist, in besonderem Maße schützenswert. Er ist ein an dem bisherigen Verfahren vollkommen Unbeteiligter, für den

---

1) LG Zweibrücken, DGVZ 1980, 27; Ganschezian-Fink, MDR 1980, 805 (807 f); Baumann-Brehm, Zwangsvollstreckung, S. 103; Gerhardt, Vollstreckungsrecht, S. 17; Peters, Die richterliche Anordnung zur Zwangsvollstreckung nach § 758 ZPO, in: Festschrift für Fritz Baur, 549 (558); Frank, Jur Büro 1983, 801 (810 f); Stein-Jonas-Münzberg, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, § 758 ZPO, Rn. 2.

2) Behr, DGVZ 1980, 49 (59); in der Tendenz auch Lisken, DRiZ 1979, 277 (278); Kleemann, DGVZ 1980, 3 (6); Seip, DGVZ 1980, 82 (84).

3) OLG Hamm, DRPfleger 1984, 151 (152); Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Zivilprozeßordnung, § 758 ZPO, Anm. 2 A; Baur-Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Rn. 92, S. 58; Alternativkommentar-Berkemann, Art. 13 GG, Rn. 50; vgl. auch OLG Karlsruhe, DGVZ 1983, 139.

der Eingriff in seine Rechtssphäre wegen einer fremden Schuld in der Regel überraschend erfolgt (1). Wenn dem Schuldner grundsätzlich vor der Durchsuchungsanordnung rechtliches Gehör gewährt werden muß, ist dieses erst recht für den Dritten zu fordern. Der Dritte muß Gelegenheit haben, etwaige besondere Hinderungsgründe, wie z.B. eine Krankheit, vortragen zu können. Nur dann wird der Richter auch in die Lage versetzt, seine Entscheidung am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auszurichten.

Folglich ist dem Mitbewohner grundsätzlich vor der richterlichen Durchsuchungsanordnung rechtliches Gehör zu gewähren.

Zu untersuchen bleibt, wie dem Dritten dieses Recht verfahrensmäßig verschafft werden kann.

Die sicherste Art, dem Dritten rechtliches Gehör zu gewähren, wäre gegeben, wenn er von der Möglichkeit, mündlich oder schriftlich (2) Einwendungen vorbringen zu können, durch die Z u s t e l l u n g einer Benachrichtigung unterrichtet würde. Die Zustellungsvorschriften dienen unter anderem gerade auch der Verwirklichung des rechtlichen Gehörs (3). Würde man aber eine Zustellung der Benachrichtigung verlangen, wäre dies

---

1) Siehe oben S. 93 f.

2) Siehe Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Kommentar, Art. 103 GG, Rn. 72 m.w.N..

3) Siehe BVerfGE 36, 85; BGH, NJW 1978, 1858; Maunz-Dürig-Herzog, a.a.O., Art. 103, Rn. 80 m.w.N..

für den Gläubiger vor allem dann mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, wenn ihm der Name des Dritten nicht bekannt ist (1).

Es ist aber fraglich, ob eine Zustellung von Art. 103 GG gefordert wird. Dem Erfordernis von Art. 103 GG ist Rechnung getragen, wenn der Dritte die M ö g l i c h k e i t hat, zum Verfahren Stellung zu nehmen. Seine Einwände kann der Dritte aber schon zu Protokoll des Gerichtsvollziehers geben, wenn er bei der Wohnungsdurchsuchung widerspricht. Auch noch später kann er sich an das Gericht wenden, wenn der Gerichtsvollzieher eine "an alle Bewohner der Wohnung X" adressierte Benachrichtigung hinterläßt oder der Dritte von dem Schuldner, mit dem er in Wohngemeinschaft lebt, Gericht und Aktenzeichen erfragt.

Schließlich darf nicht verkannt werden, daß auch die Vorschriften über die öffentliche Zustellung nach §§ 203 ff ZPO nicht als Verstoß gegen Art. 103 GG angesehen werden, obwohl es sich bei der öffentlichen Zustellung lediglich um die Fiktion einer Zustellung handelt (2). Bei der sogenannten Ersatzzustellung nach §§ 181 ff ZPO begnügt man sich gleichfalls mit einer gewissen W a h r s c h e i n l i c h k e i t, daß der Zustellungsempfänger Kenntnis erlangen werde. Daß diese Vorschriften mit Art. 103 GG vereinbar sind, wird zutreffend damit begründet, daß andernfalls die Rechte des Prozeßgegners nicht gewahrt werden könnten,

---

1) Siehe oben S. 155 ff.

2) Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Kommentar, Art. 103 GG, Rn. 47; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Zivilprozeßordnung, § 203 ZPO, Anm. 1.

da dieser sonst oft seine Rechte nicht durchsetzen könnte (1).

Diese Überlegung ist übertragbar auf die vorliegende Problematik. Dem Gläubiger würde, wenn man eine Zustellung forderte, oft ein weiterer prozessualer Schritt mit ungewisser Erfolgsaussicht abverlangt, nachdem er wegen der Grundrechtsposition des Dritten schon das Offenbarungsversicherungsverfahren hat durchlaufen müssen. Eine derartige weitere Erschwernis ist zum Schutze des Dritten nicht erforderlich, wenn sichergestellt ist, daß der Dritte mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Kenntnis von der Möglichkeit erlangt, Einwände vorbringen zu können.

Art. 103 I GG ist somit nicht das Erfordernis einer Zustellung zu entnehmen. Es ist lediglich sicherzustellen, daß der Dritte mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Gelegenheit erhält, sich zu äußern. Hierzu ist es ausreichend, wenn der Gerichtsvollzieher die Erklärungen des Dritten bei dem Vollstreckungsversuch in das Protokoll aufnimmt oder, wenn dem Gerichtsvollzieher auf andere Art und Weise bekannt wird, daß ein Dritter mit dem Wohnungseingriff nicht einverstanden ist, dem Dritten eine Benachrichtigung zugeht, aus der ersichtlich ist, an wen er sich mit eventuellen Einwänden wenden kann (2). Zweckmäßigerweise sollte in

---

1) Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Kommentar, Art. 103 GG, Rn. 47.

2) In diesem Sinn für die Frage im Verhältnis Gläubiger-Schuldner auch Peters, Die richterliche Anordnung zur Zwangsvollstreckung nach § 758 ZPO, in: Festschrift für Fritz Baur, S. 549 (559).

diese Benachrichtigung eine Belehrung aufgenommen werden, aus der sich zweifelsfrei ergibt, daß die Vollstreckung nur ganz ausnahmsweise und zumeist nur zeitweilig ausgesetzt werden kann, wenn besondere Umstände in der Person des Dritten oder eines seiner Familienangehörigen vorliegen.

III. Der Rechtsbehelf des Dritten

Als Rechtsbehelf des Mitbewohners gegen die Erteilung der richterlichen Durchsuchungsanordnung kommen die Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO, die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO und die einfache Beschwerde nach § 567 ff ZPO in Betracht.

In bezug auf den Dritten wird die Problematik des richtigen Rechtsbehelfs - vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus zu Recht - im allgemeinen nicht erörtert (1), in bezug auf den Schuldner halten sich die Befürworter einer sofortigen Beschwerde (§ 793 ZPO) (2) und der Vollstreckungserinnerung (§ 766 ZPO) (3) nahezu die Waage (4).

---

1) Siehe aber Guntau, DGVZ 1982, 17 (23).

2) OLG Hamm, DRPfleger 1984, 151; Frank, Jur Büro 1983, 801 (816); Kottmann, DÖV 1980, 899 (908); E. Schneider, NJW 1980, 2377 (2385); Stein-Jonas-Münzberg, Zivilprozeßordnung, § 761, Rn. 3.

3) LG Arnsberg, NJW 1984, 499; AG Schorndorf, DGVZ 1983, 125; Bischof, ZIP 1983, 522 (533); Guntau, DGVZ 1982, 17 (23); Amelung, ZZP 88, 74 (89); Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, § 758, Anm. 2h; siehe auch OLG Stuttgart, NJW 1970, 1329.

4) Im übrigen wird danach differenziert, ob dem Beschwerdeführer zuvor rechtliches

Die Ansicht, der Schuldner sei auf die einfache Beschwerde zu verweisen, wird nur vereinzelt vertreten (1).

1) Einfache Beschwerde nach §§ 567 ff ZPO

Schütze und Stöber halten die Beschwerde nach § 567 ZPO für den richtigen Rechtsbehelf des Schuldners, da keine Entscheidung oder Maßnahme im Zwangsvollstreckungsverfahren ergehe (2).

Diese Ansicht wird abgelehnt. Die richterliche Anordnung ergeht im Rahmen des Zwangsvollstreckungsverfahrens. Der Antrag auf Erteilung der Erlaubnis setzt in aller Regel voraus, daß der Gerichtsvollzieher zuvor vergeblich versucht hat, in der Wohnung zu vollstrecken (3). Das Zwangsvollstreckungsverfahren hat damit schon vor der richterlichen Durchsuchungsanordnung begonnen (4).

Gehör gewährt worden ist oder nicht: Peters, Die richterliche Anordnung zur Zwangsvollstreckung nach § 758 ZPO, in: Festschrift für Fritz Baur, S. 549 (560); Baur-Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Vergleichs- und Konkursrecht, S. 58, Rn. 92; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Zivilprozeßordnung, § 758 ZPO, Anm. 5.

1) Wieczorek-Schütze, Zivilprozeßordnung, § 761 ZPO, Anm. B I u. II; Zöller-Stöber, Zivilprozeßordnung, 14. Aufl., § 758 ZPO, Rn. 25 und § 761 ZPO, Rn. 9; ein Überblick zum Meinungsstand findet sich in der Entscheidung des OLG Hamm, DRPfleger 1984, 151.

2) Wieczorek-Schütze, a.a.O., Zöller-Stöber, a.a.O.

3) OLG Hamm, DRPfleger 1984, 151 (152).

4) Zum "Beginn der Zwangsvollstreckung" vgl. Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, vor § 704, Anm. V 1.

Auch wenn aber ausnahmsweise der Antrag auf Erlaß der richterlichen Anordnung vor der ersten Vollstreckungshandlung zulässig ist, weil z.B. der Schuldner oder der Dritte nachweisbar stets den Zutritt verweigern, gestaltet die Durchsuchungsanordnung die Zwangsvollstreckung in besonderer Weise aus. Sie steht damit mit der Zwangsvollstreckung zumindest in einem so engen zeitlichen Zusammenhang, daß sie nicht mehr als bloße Vorbereitungshandlung behandelt werden kann (1).

2) § 766 ZPO oder § 793 ZPO

Ob die Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO oder die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO der richtige Rechtsbehelf ist, richtet sich nach der herrschenden Meinung danach, ob die Durchsuchungsanordnung ergangen ist, nachdem rechtliches Gehör gewährt worden ist oder nicht (2). Nur wenn der Rechtsmittelführer zuvor gehört worden ist, kann demzufolge eine Entscheidung im Sinne des § 793 ZPO vorliegen, so daß die sofortige Beschwerde gegeben ist.

Das Oberlandesgericht Hamm vertritt demgegenüber die weiterreichende Auffassung, daß auch dann eine Entscheidung im Sinne von § 793 ZPO getroffen worden sei, wenn der Schuldner, einerlei ob unzulässigerweise oder gerechtfertigt durch besondere Umstände,

---

1) E. Schneider, NJW 1980, 2377 (2385).

2) Vgl. Neumüller, Vollstreckungserinnerung, Vollstreckungsbeschwerde und Rechtspflegererinnerung, S. 16 ff u. S. 30 m.w.N..

nicht gehört worden ist (1). Denn auch dann habe das Gericht stets über die Verhältnismäßigkeit des begehrten Eingriffs in dem grundsätzlich geschützten Bereich zu befinden (2), so daß eine Entscheidung vorliege.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist der Dritte, der sein Einverständnis nicht erteilt hat, stets zu hören (3). Daraus folgt, daß auch nach herkömmlicher Definition eine Entscheidung getroffen werden muß und die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO der richtige Rechtsbehelf für den Dritten ist. Da die herrschende Meinung jedoch darauf abstellt, ob tatsächlich rechtliches Gehör gewährt worden ist und nicht darauf, ob richtigerweise rechtliches Gehör hätte gewährt werden müssen (4), ist zu untersuchen, mit welchem Rechtsbehelf der nicht gehörte Mitbewohner vorgehen muß.

Nach weit verbreiteter Ansicht wird § 766 ZPO als das Instrument angesehen, mit dem die Rechte der bislang nicht Gehörten erstinstanzlich geltend zu machen sind (5). § 766 ZPO gilt als die Norm, mit der Grundrechtsverletzungen in der Zwangsvollstrek-

---

1) OLG Hamm, DRPfleger 1984, 151 (152).

2) OLG Hamm, a.a.O.

3) Siehe oben S. 170 ff.

4) Siehe Kunz, Erinnerung und Beschwerde, S. 28 ff mit zahlreichen w.N.; a.A. ders., S. 93.

5) Vgl. Neumüller, Vollstreckungserinnerung, Vollstreckungsbeschwerde und Rechtspflegeerinnerung, S. 30 ff m.w.N.; Peters, Die richterliche Anordnung zur Zwangsvollstreckung nach § 758 ZPO, in: Festschrift für Fritz Baur, S. 549 (560); Kunz, a.a.O., S. 29.

kung zu bekämpfen sind (1). Danach wäre der Mitbewohner, wenn er nicht gehört worden ist, auf § 766 ZPO zu verweisen (2).

Dieses Ergebnis vermag aber im Hinblick auf den Begriff der Entscheidung in § 793 ZPO und die an ihm mit der herrschenden Meinung (3) orientierte Differenzierung zwischen § 766 ZPO und § 793 ZPO nicht zu befriedigen. Dem Oberlandesgericht Hamm ist darin beizupflichten, daß eine Entscheidung schon dann begrifflich vorliegt, wenn das Gericht über die Verhältnismäßigkeit zu befinden hat (4). Die Belange des Schuldners und auch diejenigen des Dritten sind unter diesem Gesichtspunkt zu berücksichtigen und mit den Belangen des Gläubigers abzuwägen, so daß eine Entscheidung zu treffen ist.

Auch die Tatsache, daß bei dieser Sachlage schon eine Prüfung durch ein Gericht stattgefunden hat, spricht für die Anwendbarkeit von § 793 ZPO. Die Erinnerung nach § 766 ZPO, der "erstinstanzliche Rechtsbehelf", ist insofern nicht sachgerecht, weil der Mitbewohner schon "seine" Instanz gehabt hat (5).

---

1) Amelung, ZZP 88, 74 (89).

2) So in bezug auf den Schulner auch Peters, Die richterliche Anordnung zur Zwangsvollstreckung nach § 758 ZPO, in: Festschrift für Fritz Baur, S. 549 (560); Baur-Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, S. 58, Rn. 92.

3) Zu abweichenden Konzeptionen, die in der Praxis allerdings auf wenig Resonanz gestoßen sind, vgl. insbesondere Kunz, Erinnerung und Beschwerde, S. 110 ff.

4) OLG Hamm, DRPfleger 1984, 151 (152).

5) Vgl. hierzu Kunz, a.a.O., S. 29.

Nach meiner Auffassung ist für den Dritten die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO daher über die Fälle hinaus, in denen ihm rechtliches Gehör gewährt worden ist, immer dann der richtige Rechtsbehelf, wenn der Richter bei der Erteilung der richterlichen Durchsuchungsanordnung den Widerspruch des Mitbewohners gekannt hat. Denn dann ist auch in bezug auf den Dritten eine "Entscheidung" im Sinne des § 793 ZPO getroffen worden.

Daraus folgt zugleich, daß für § 766 ZPO nur insoweit Raum besteht, als die Belange des Dritten bei der Durchsuchungsanordnung nicht berücksichtigt werden konnten, weil etwa sein Widerspruch noch nicht eingelegt war (1). Denkbar ist die Zulässigkeit der Erinnerung nach § 766 ZPO außerdem auch dann, wenn der Dritte sich gegen die erst drohende Durchsuchungsanordnung zur Wehr setzen will, also im Vorfeld der gerichtlichen Entscheidung (2).

---

1) Voraussetzung für die Zulässigkeit der Erinnerung nach § 766 ZPO ist dann allerdings, daß die Zwangsvollstreckung noch nicht beendet ist; siehe Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, § 766 ZPO, Anm. 5 f; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Zivilprozeßordnung, § 766 ZPO, Anm. 4 A c.

2) § 766 ZPO ist grundsätzlich erst nach dem Beginn der Zwangsvollstreckung anwendbar, ausnahmsweise aber auch schon dann, wenn die angegriffene Maßnahme nur droht; vgl. Amelung, ZZP 88, 74 (89).

G. ZUSAMMENFASSUNG

Zusammenfassend kann als Ergebnis dieser Arbeit festgestellt werden, daß sich jeder mit dem Schuldner in Wohngemeinschaft lebende Dritte, der grundrechtsmündig ist, auf den Schutz des Art. 13 GG berufen kann, wenn der Gerichtsvollzieher in der Wohnung vollstrecken will. Der Dritte hat entgegen der herrschenden Ansicht durch das Zusammenwohnen mit dem Schuldner seine eigene Berechtigung keineswegs gegenüber dem Staat beschränkt. Da der Gerichtsvollzieher bei der Zwangsvollstreckung hoheitliche Gewalt ausübt, wenn er in die Rechte des Dritten eingreift, ist nach Art. 13 II GG eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich, die diesen Eingriff deckt. Das Erfordernis eines Gesetzes ergibt sich zusätzlich aus der Überlegung, daß es sich um die Lösung einer typisierbaren Grundrechtskollision handelt, die vom Gesetzgeber vorgenommen werden muß. Als Ermächtigungsgrundlage kommen weder § 758 ZPO noch § 739 ZPO analog noch Gewohnheitsrecht in Betracht.

Da die Position des vollstreckenden Gläubigers nach Art. 14 GG gleichfalls mit Verfassungsrang versehen ist, so daß hieraus ein Anspruch des Gläubigers auf eine effektive Zwangsvollstreckung abzuleiten ist, wäre eine Rechtsordnung, die eine Ermächtigungsgrundlage nicht zur Verfügung stellt, verfassungswidrig. Denn das Recht des Gläubigers aus Art. 14 GG ist in der Regel dann schützenswerter als das Recht des Dritten aus Art. 13 GG, wenn für den Gläubiger nicht die Möglichkeit besteht, sich durch den Zu-

griff auf außerhalb der Wohnung gelegene Vermögensobjekte zu befriedigen.

Als taugliche Ermächtigungsgrundlage wird § 755 ZPO angesehen. Die methodische und verfassungsrechtliche Untersuchung hat ergeben, daß dies möglich ist, obgleich § 755 ZPO bislang, soweit ersichtlich, noch niemals in diesem Zusammenhang erörtert worden ist. Die einzelnen Sinnbestimmungsmittel der klassischen Auslegungslehre haben bis auf die historische Methode dieses Ergebnis bestätigt. Bei der Rangfolgebestimmung und der Abwägung der einzelnen Methoden ist insbesondere festgestellt worden, daß eine "verfassungsorientierte" Interpretation bei "alten" Normen wegen gewandelter Verhältnisse um so eher geboten sein kann, als der Wortlaut dies zwanglos ermöglicht und der Gesetzgeber nicht übergangen wird. Die Kompetenz der Legislative ist durch die interpretatorische Innovation nicht verletzt, da es zur Lösung der Grundrechtskollision zwischen dem Gläubiger und dem Dritten aus verfassungsrechtlichen Gründen keine andere Lösungsmöglichkeit gibt als die, ein dem § 755 ZPO ähnliches Gesetz zu erlassen, das die Funktion einer Ermächtigungsgrundlage erfüllen kann.

Die nach Art. 13 II GG grundsätzlich notwendige richterliche Anordnung gegen den Dritten muß in aller Regel ergehen, wenn der Gläubiger glaubhaft macht, daß andere Vollstreckungsarten nicht zum Erfolg geführt haben oder nicht zum Erfolg führen werden. Der Gläubiger darf, um diesen Nachweis führen zu können, gegen den Schuldner das Of-

fenbarungsversicherungsverfahren betreiben, sobald sich herausstellt, daß die Wohnungsdurchsuchung an der fehlenden Einwilligung des Dritten scheitert. Nur ganz ausnahmsweise, beispielsweise bei einer schweren Krankheit des Dritten oder eines Familienangehörigen, darf die richterliche Anordnung versagt werden, so daß dem Gläubiger ein Moratorium, unter Umständen im Ergebnis aber auch ein Verzicht auf die Realisierung seiner Forderung zugemutet wird. Dem Dritten ist wegen Art. 103 I GG stets rechtliches Gehör zu gewähren, wenn nicht Gefahr im Verzug im Sinne von Art. 13 II GG vorliegt. Es ist aber ausreichend, daß er Gelegenheit erhält, seine Einwände zu Protokoll des Gerichtsvollziehers zu geben oder sich nach einer Benachrichtigung an das Gericht zu wenden.

Der Mitbewohner, gegenüber dem die Durchsuchungs- oder Duldungsanordnung ergeht, ist grundsätzlich namentlich zu bezeichnen. Weigert sich der Dritte jedoch, seine Identität preiszugeben, ist er soweit wie möglich durch die Angabe "mittelbarer Individualisierungsmerkmale" zu kennzeichnen. Wenn auch dies nicht möglich ist, muß der Widerspruch des Dritten als unbeachtlich behandelt werden, so daß der Gerichtsvollzieher den Widerstand des Mitbewohners ohne richterliche Anordnung überwinden darf.

Die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO ist für den Dritten immer dann der richtige Rechtsbehelf, wenn dem Richter sein Widerspruch bekannt war; da dann auch in bezug auf ihn eine "Entscheidung" getroffen worden

ist. Die Erinnerung nach § 766 ZPO kann hingegen nur im Vorfeld einer Durchsuchungsanordnung oder im nachhinein gegeben sein, wenn dem Richter der Drittwiderspruch nicht bekannt war oder ist.

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

ALISCH, Herbert, Wege zur interessengerechten Auslegung vollstreckungsrechtlicher Normen, Frankfurt a. M; Bern 1981.

ALTERNATIVKOMMENTAR, in: Reihe Alternativkommentare, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in 2 Bänden, Neuwied und Darmstadt 1984, zitiert: Alternativkommentar-Bearbeiter.

AMELUNG, Knut, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechts, Berlin 1981.

AMELUNG, Knut, Zur Frage der Vereinbarkeit vollstreckungsrechtlicher Durchsuchungen mit dem Richtervorbehalt des Art. 13 II GG, ZZP 88 (1975), 74.

BADEN, Eberhard, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß, Baden-Baden 1977.

BATTES, Robert, Nichteheliches Zusammenleben im Zivilrecht, Bonn 1983.

BATTIS, Ulrich, Schutz der Gewerberäume durch Art. 13 GG und Wirtschafts-, Arbeits- und Steueraufsicht - BVerfGE 32, 54 - JuS 1973, 25.

BAUMANN, Jürgen - BREHM, Wolfgang, Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., Bielefeld 1982.

BAUMBACH, Adolf - LAUTERBACH, Wolfgang - ALBERS, Jan - HARTMANN, Peter, Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 43. Aufl., München 1985.

BAUR, Fritz - STÜRNER, Rolf, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 11. Aufl., München 1983.

BEHR, Johannes, Praxisprobleme und Rechtsprechungstendenzen zu § 758 ZPO, Art. 13 II GG, DGVZ 1980, 49.

BENDER, Bernd, Inhalt und Grenzen des Gebots der verfassungskonformen Gesetzesauslegung, MDR 1959, 441.

BETHGE, Herbert, Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren, NJW 1982, 1.

BETHGE, Herbert, Zur Problematik der Grundrechtskollision, München 1977.

BETTERMANN, Karl August, Grenzen der Grundrechte, Berlin 1968.

BISCHOF, Hans Helmut, Die vollstreckungsrichterliche Durchsuchungsanordnung (§ 758 ZPO) in der gerichtlichen Praxis, ZIP 1983, 522.

BLAESING, Heiner, Grundrechtskollisionen, Jur. Diss., Dinslaken 1974.

BLOMEYER, Arwed, Zivilprozeßrecht, Vollstreckungsverfahren, Berlin, Heidelberg, New York 1975.

BONNER KOMMENTAR, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, bearbeitet von Abraham und anderen, Hamburg 1950 ff, Bd. 2, Art. 13-16, 17. Lieferung, (Zweitbearbeitung Art. 13/Oktober 1966).

BREHM, Wolfgang, Aktuelle Frage einer zeitgenössischen Reform des Vollstreckungsrechts, DGVZ 1983, 101.

BREHM, Wolfgang, Zentralisierung der Zwangsvollstreckung, DRPfleger 1982, 125.

BRENDEL, Rudolf, Nochmals: Die Rechtsprechung seit BVerfGE 51, 97, DGVZ 1982, 179.

BROX, Hans, Zur Frage der Verfassungswidrigkeit der §§ 1362 BGB, 739 ZPO, FamRZ 1981, 1125.

BRUNS, Rudolf - PETERS, Egbert, Zwangsvollstreckungsrecht - Eine systematische Darstellung, 2. Aufl., München 1976.

BYDLINSKI, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien, New York 1982.

DAGTOGLOU, Prodoromos, Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG), NJW 1975, 753.

DIEDERICHSEN, Uwe, Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht, Karlsruhe 1974.

DREHER, Eduard - TRÖNDLE, Herbert, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 41. Aufl., München 1983.

DÜTZ, Wilhelm, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1970.

ENGELHARDT, Hanns, Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz, Verwaltungszustellungsgesetz, Kommentar unter besonderer Berücksichtigung der landesrechtlichen Bestimmungen, 2. Aufl., München 1979.

ERMAN, Walter, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl., Münster 1981.

ESSER, Josef, Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs, JZ 1975, 555.

ESSER, Josef, Unmerklicher und merklicher Wandel der Judikatur, in: Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung, Hrsg.: Harenburg, Jan - Podlech, Adalbert - Schlink, Bernhard, Darmstadt 1980.

FAHLAND, Monika, Die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Vollstreckungsrecht, VOP 1981, 328.

FIKENTSCHER, Wolfgang, Methoden des Rechts, Tübingen 1977.

FISCHER, Robert, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Karlsruhe 1971.

FLUME, Werner, Richterrecht und Recht, Verhandlungen des sechsundvierzigsten Deutschen Juristentages, München und Berlin 1967.

FORSTHOFF, Ernst, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Rechtsstaat im Wandel, S. 130 ff, 2. Aufl., München 1976.

FRANK, Siegfried W., Vollstreckungsdurchsuchung und Grundgesetz, Jur Büro 1983, 801.

GADAMER, Hans-Georg, Wahrheit und Methode - Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 2. Aufl. durch einen Nachtrag erweitert, Tübingen 1965.

GALLWAS, Hans-Ulrich, Der Mißbrauch von Grundrechten, Jur. Diss., Münster 1961.

GANSCHEZIAN-FINK, Richterliche Durchsuchungsanordnung bei Zwangsvollstreckungen, MDR 1980, 805.

GAUL, Hans Friedhelm, Buchbesprechung, Baur, Lehrbuch des Sachenrechts; FamRZ 1964, 165.

GAUL, Hans Friedhelm, Zur Struktur der Zwangsvollstreckung (II), DRPfleger 1971, 41.

GAUL, Hans Friedhelm, Zur Reform des Zwangsvollstreckungsrechts, JZ 1973, 473.

GAUL, Hans Friedhelm, Billigkeit und Verhältnismäßigkeit in der zivilgerichtlichen Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Abgaben, JZ 1974, 279.

GENTZ, Manfred, Die Unverletzlichkeit der Wohnung, Jur. Diss., Freiburg 1967.

GERHARDT, Walter, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, speziell: Zwangsvollstreckung, ZZP 95 (1982), 467.

GERHARDT, Walter, Vollstreckungsrecht, 2. Aufl., Berlin, New York 1982.

GERMANN, Oskar Adolf, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, Bern 1965.

GERNHUBER, Joachim, Lehrbuch des Familienrechts, 3. Aufl., München 1980.

GÖLDNER, Detlef Christoph, Verfassung, Rechtsfortbildung und Lücke, in: Festschrift für Karl Larenz, S. 199 ff, München 1983.

GÖLDNER, Detlef Christoph, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1969.

GUNTAU, Burkhard, Verfassungsrechtliche Probleme der Vollstreckung gegen Schuldner in Wohngemeinschaften, DGVZ 1982, 17.

GUSY, Christoph, Grundrechtsschutz gegen Wohnungsdurchsuchungen durch den Gerichtsvollzieher - BVerfGE 51, 97 -, JuS 1980, 718.

HAHN, C., Die gesamten Materialien zur CPO, 1. Abt., Berlin 1880.

HAMANN, Andreas, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 3. Aufl., Oldenburg, Wiesbaden 1970.

HASSOLD, Gerhard, Strukturen der Gesetzesauslegung, in: Festschrift für Karl Larenz, S. 211 ff, München 1983.

HECK, Phillip, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932.

HEMMERICH, Peter, Die Rechtsprechung seit BVerfGE 51, 97, DGVZ 1982, 83.

HENKEL, Wolfram, Prozeßrecht und materielles Recht, Göttingen 1970.

HESSE, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 14. Aufl., Heidelberg 1984.

HIRSCH, Ernst E., Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze, AcP 1975, 497.

HIRSCH, Hans Joachim, Richterrecht und Gesetzesrecht, JR 1966, 334.

HONSELL, Thomas, Historische Argumente im Zivilrecht, Ebelsbach 1982.

HUPE, Wilfried, Vereinbarkeit des § 758 ZPO mit Art. 13 GG, Jur Büro 1979, 1437.

HUSSERL, Gerhart, Recht und Zeit, Frankfurt 1955.

IPSEN, Jörn, Richterrecht und Verfassung, Berlin 1975.

JAUERNIG, Othmar, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 16. Aufl., München 1983.

JAUERNIG, Othmar, Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Jauernig, Schlechtriem, Stürner, Teichmann, Vollkommer, 3. Aufl., München 1984.

KABISCH, Herbert, Die Mobiliarvollstreckung gegen einen mit einem Dritten in Wohngemeinschaft lebenden Schuldner, DGVZ 1963, 17.

KAUFMANN, Arthur, Freirechtsbewegung - lebendig oder tot?, JuS 1965, 1.

KIRCHMANN, Hubert, Der Schutzbereich des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG), Jur. Diss., München, 1977.

KISSEL, Otto Rudolf, Minima non curat praetor, in: Arbeitsleben und Rechtspflege, Festschrift für Gerhard Müller, S. 849 ff, Berlin 1981.

KLEEMANN, Willi, Schwierigkeiten der Vollstreckungspraxis nach dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 3.4.1979, DGVZ 1980, 3.

KLEFFMANN, Norbert, "Unbekannt" als Parteibezeichnung: zivilprozessuale Möglichkeiten und Grenzen dargestellt am Beispiel einer auf Räumung gerichteten einstweiligen Verfügung gegen Hausbesetzer, Frankfurt a.M., Bern, New York 1983.

KLEINKNECHT, Theodor - MÜLLER, Hermann - REITBERGER, Leonhard, KMR - Kommentar zur Strafprozeßordnung, 7. Aufl., Darmstadt 1980.

KNEMEYER, Franz-Ludwig, Die Verfassungsmäßigkeit von Wohnungsdurchsuchungen bei Vollstreckung wegen Geldforderungen, NJW 1967, 1353.

KOCH, Hans-Joachim - RÜSSMANN, Helmut, Juristische Begründungslehre, München 1982.

KÖHLER, Gerhard, Die rechtliche Wirkung der europäischen Menschenrechtskonvention auf das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG, Jur. Diss., Köln 1966.

KOTTMANN, Dietmar, Die Durchsuchung von Wohnungen zur Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen, DÖV 1980, 899.

KRAUSE, DIETMAR, Vollstreckung von Vollstreckungshaftbefehlen in der Wohnung oder den sonstigen Räumen eines unbeteiligten Dritten, NJW 1974, 303.

KÜBLER, Friedrich, Kodifikation und Demokratie, JZ 1969, 645.

KÜHNE, Hans-Heiner, Wohnungsschutz bei der sogenannten gleichzeitigen Pfändung und der Räumungsvollstrekkung nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 3.4.1979, DGVZ 1979, 145.

KÜHNE, Jörg-Detlef, Grundrechtlicher Wohnungsschutz und Vollstreckungsdurchsuchungen - Ein Beitrag zum Verständnis des Art. 13 GG, Göttingen 1980.

KUNZ, Bernhard, Erinnerung und Beschwerde, Tübingen 1980.

LANGHEID, Th., Durchsuchung gemäß § 758 ZPO nur aufgrund richterlichen Durchsuchungsbefehls (BVerfG, MDR 1979, 906, NJW 1979, 1539), MDR 1980, 21.

LARENZ, Karl, Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, in: Festschrift für Ernst Rudolf Huber, S. 291 ff, Göttingen 1973.

LARENZ, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin, New York, Heidelberg, Tokio 1983.

KÖHLER, Gerhard, Die rechtliche Wirkung der europäischen Menschenrechtskonvention auf das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG, Jur. Diss., Köln 1966.

KOTTMANN, Dietmar, Die Durchsuchung von Wohnungen zur Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen, DÖV 1980, 899.

KRAUSE, Dietmar, Vollstreckung von Vollstreckungshaftbefehlen in der Wohnung oder den sonstigen Räumen eines unbeteiligten Dritten, NJW 1974, 303.

KÜBLER, Friedrich, Kodifikation und Demokratie, JZ 1969, 645.

KÜHNE, Hans-Heiner, Wohnungsschutz bei der sogenannten gleichzeitigen Pfändung und der Räumungsvollstrekkung nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 3.4.1979, DGVZ 1979, 145.

KÜHNE, Jörg-Detlef, Grundrechtlicher Wohnungsschutz und Vollstreckungsdurchsuchungen - Ein Beitrag zum Verständnis des Art. 13 GG, Göttingen 1980.

LANGHEID, Th., Durchsuchung gemäß § 758 ZPO nur aufgrund richterlichen Durchsuchungsbefehls (BVerfG, MDR 1979, 906, NJW 1979, 1539), MDR 1980, 21.

LARENZ, Karl, Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, in: Festschrift für Ernst Rudolf Huber, S. 291 ff, Göttingen 1973.

LARENZ, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin, New York, Heidelberg, Tokio 1983.

LEIPZIGER KOMMENTAR, Strafgesetzbuch, 10. Aufl., 12. Lieferung, Berlin, New York 1979, zitiert: Leipziger Kommentar - Bearbeiter.

LEPA, Manfred, Grundrechtskonflikte, DVBl 1972, 161.

LIPPROSS, Otto-Gerd, Grundlagen und System des Vollstrekkungsschutzes, Bielefeld 1983.

LIPPROSS, Otto-Gerd, Vollstreckungsrecht, 3. Aufl., Bielefeld 1981.

LISKEN, Hans, Räumungstitel gegen "Unbekannt"?, NJW 1982, 1136.

LISKEN, Hans, Zum Richtervorbehalt im Grundgesetz, DRiZ 1979, 277.

LÖWE, Ewald - ROSENBERG, Werner, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 23. Aufl., Berlin, New York 1976.

MAGER, H., Zwangsvollstreckung für und gegen Einzelfirmen und Gesellschaften, DGVZ 1967, 129.

MANGOLDT, Hermann von - KLEIN, Friedrich, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, Berlin, Frankfurt 1966.

MAUNZ, Theodor - DÜRIG, Günter - HERZOG, Roman, Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 1981.

MAURER, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., München 1983.

MEIER-HAYOZ, Arthur, Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts, JZ 1981, 417.

MENGER, Christian-Friedrich, Zur Einschränkung von Grundrechten aufgrund vorkonstitutionellen Gewohnheitsrechts, VerwArch Bd. 64 (1973), 423.

MICHEL, Helmut, Die verfassungskonforme Auslegung, JuS 1961, 264.

MORGENSTERN, Ulrich, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Erzwingungshaft zur Abgabe einer eidesstattlichen Erklärung, NJW 1979, 2277.

MÜLLER, Friedrich, Fallanalysen zur juristischen Methodik, Berlin, 1974.

MÜNCH, Ingo von, Grundgesetz - Kommentar, 3. Auf., München 1985.

MÜNCHENER KOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Hrsg. Kurt Rebmann und Franz-Jürgen Säcker, München 1978, zitiert: Münchener Kommentar - Bearbeiter.

MUTIUS, Albert von, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht - Allgemeine Bindungswirkung verfassungskonformer Gesetzesinterpretation durch das Bundesverfassungsgericht?, VerwArch Bd. 67 (1967), 407.

NEUDRUCKE zivilprozessualer Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Hrsg. Gerhard Dahlmanns, Aalen 1971.

NEUMÜLLER, Bernd, Vollstreckungserinnerung, Vollstreckungsbeschwerde und Rechtspflegeerinnerung, Berlin 1981.

NIEUWLAND, Herwig van, Darstellung und Kritik der Theorien der immanenten Grundrechtsschranken, Jur. Diss., Göttingen 1981.

PALANDT, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, Beurkundungsgesetz, 44. Aufl., München 1985.

PAWLOWSKI, Hans-Martin, Drittgewahrsam und Verstrickung, DGVZ 1976, 33.

PAWLOWSKI, Hans-Martin, Zur Vollstreckung in Wohngemeinschaften, NJW 1981, 670.

PECZENIK, Aleksander, Grundlagen der juristischen Argumentation, Wien, New York 1983.

PETERS, Egbert, Die richterliche Anordnung zur Zwangsvollstreckung nach § 758 ZPO - Wege und Irrwege, in: Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, S. 549.

PRÜMM, Hans-Paul, Verfassung und Methodik, Berlin 1979.

QUACK, Friedrich, Verfahrensrecht und Grundrechtsordnung, DRPfleger 1978, 197.

RAESCHKE-KESSLER, Hilmar, Einstweilige Verfügung gegen Unbekannt - ein Mittel gegen Hausbesetzer?, NJW 1981, 663.

REDEKER, Konrad, Legitimation und Grenzen richterlicher Rechtsetzung, NJW 1972, 409.

RÖHL, Sabine, Der Gewahrsam in der Zwangsvollstreckung, Jur. Diss., Kiel 1971.

ROHRER, Beat, Beziehungen der Grundrechte untereinander, Zürich 1982.

RÜTHERS, Bernd, Die unbegrenzte Auslegung, Tübingen 1968.

RUPP, Hans-Heinrich, Die Bindung des Richters an das Gesetz, NJW 1973, 1769.

RUPP, Hans Heinrich, Zum "Mephisto"-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, DVBl 1972, 66.

SCHACK, Friedrich, Die verfassungskonforme Auslegung, JuS 1961, 269.

SCHAPP, Jan, Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre, Tübingen 1983.

SCHELD, Rudolf, Ledigbund, Ersatzzustellung, Zwangsvollstreckung, DGVZ 1983, 65.

SCHNEIDER, Egon, Die vollstreckungsrichterliche Durchsuchungsverordnung, NJW 1980, 2377.

SCHNEIDER, Harald, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei der Grundrechtskollision, Jur. Diss., Saarbrücken 1978.

SCHÖNKE, Adolf - BAUR, Fritz, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 11. Aufl., Heidelberg, Karlsruhe 1983.

SCHÖNKE, Adolf - SCHRÖDER, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 21. Aufl., München 1982.

SCHOLZ, Rainer, Nichteheliche Lebensgemeinschaft in der Rechtspraxis, Bonn 1982.

SCHUMANN, Ekkehard, Buchbesprechung von Jauernigs Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, NJW 1981, 1031.

SCHWABE, Juergen, Probleme der Grundrechtsdogmatik, Jur. Diss., Bamberg 1977.

SCHWAN, Eggert, Art. 13 GG und die gefahrenabwehrenden Eingriffe in die Wohnungsfreiheit, DÖV 1975, 661.

SEIP, Theo, Anmerkungen zu AG München, DGVZ 1981, 120.

SEIP. Theo, Die Feststellung der Erwerbsquelle des Schuldners im Wege der Zwangsvollstreckung - Überlegungen zur teilweisen Vereinfachung des Offenbarungsverfahrens, DGVZ 1983, 145.

SEIP, Theo, Vollstreckungsdurchsuchung und Grundgesetz - Keine Aussicht auf Änderung?, DGVZ 1980, 60 u. 82.

SEUFFERT, Walter, Die Abgrenzung der Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts gegenüber der Gesetzgebung und der Rechtsprechung, NJW 1969, 1369.

SIMON, Helmut, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, EuGRZ 1974, 85.

SOERGEL, Hans-Theodor - SIEBERT, Wolfgang, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1981.

SPANNER, Hans, Die verfassungskonforme Auslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ÄoR 91. Bd. (1966), S. 503.

STRACK, Christian, Gesetz und Verwaltung, Baden-Baden 1972.

STAUDINGER, Julius von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10.-11. Aufl., Berlin 1970.

STEIN, Ekkehard, Staatsrecht, 8. Aufl., Tübingen 1982.

STEIN, Erwin, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung, NJW 1964, 1745.

STEIN, Erwin, Verfassungsrechtliche Interpretation der Grundrechte als Konkretisierung des Rechtsstaates, in: Auf dem Weg zum Richterstaat, Hrsg. Gerd-Klaus Kaltenbronner, München 1979.

STEIN-JONAS, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, bearbeitet von Pohle, Grunsky, Leipold, Münzberg, Schlosser, Schumann, 20. Aufl., Tübingen 1977, zitiert: Stein-Jonas-Bearbeiter.

STEINWEDEL, Ulrich, "Spezifisches Verfassungsrecht" und "einfaches Recht", Baden-Baden 1976.

STÜRNER, Rolf, Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsvermittlung, NJW 1981, 1757.

SUHR, Dieter, Eine grundrechtsdogmatische, aufschlußreiche Zwangsversteigerung wegen vermögenswerter Rechte, NJW 1979, 145.

THOMAS, Heinz - PUTZO, Hans, Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, 13. Aufl., München 1985.

TIPKE, Klaus - KRUSE, Heinrich Wilhelm, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar zur AO 1977 FGO, 11. Aufl., Köln 1965/1983.

VOLLKOMMER, Max, Verfassungsmäßigkeit des Vollstreckungszugriffs, JA 1982, 286.

WANK, Rolf, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, Berlin 1978.

WANK, Rolf, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung durch die Fachgerichte, JuS 1980, 545.

WEIMAR, Wilhelm, Unverletzlichkeit der Wohnung und Vollstreckungsdurchsuchung, DGVZ 1980, 136.

WESTERHOFF, Rudolf, Methodische Wertung im Recht, Berlin 1974.

WESTERMANN, Harry, Gedanken zur Methode der richterlichen Rechtsfortbildung, in: Festschrift für Karl Larenz S. 723 ff, München 1983.

WIECZOREK, Bernhard, Großkommentar zur ZPO und zum GVG, Vierter Band §§ 704-1048 ZPO, 2. Aufl., Berlin, New York 1981.

WITT, Siegfried de - HUFFMANN, Johann-Friedrich, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, München 1983.

WOLFF, Hans J. - BACHOT, Otto, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München 1974.

ZIPPELIUS, Reinhold, Auslegung als Legitimationsproblem, in: Festschrift für Karl Larenz, S. 739, München 1973.

ZIPPELIUS, Reinhold, Einführung in die juristische Methodenlehre, 3. Aufl., München 1980.

ZIPPELIUS, Reinhold, Normenkontrolle und "Konkretisierungsprimat", NJW 1975, 914.

ZIPPELIUS, Reinhold, Rechtsnorm und richterliche Entscheidungsfreiheit, JZ 1970, 241.

ZÖLLER, Richard, Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, bearbeitet von Geimer, Mühlbauer, Philippi, Scherübl, E. Schneider, Stephan und Vollkommer, 13. Aufl., Köln 1981, zitiert: Zöller-Bearbeiter und 14. Aufl., Köln 1984, bearbeitet von Geimer, Stöber Stöber u.a. zitiert: Zöller-Bearbeiter.

L E B E N S L A U F

Am 13.08.1953 wurde ich als erstes von vier Kindern der Eheleute Joachim und Gunhild Groß, geborene Kaufmann, in Kierspe/Westfalen geboren.

Von 1959 bis 1963 besuchte ich die Volksschule in Leverkusen/Rheindorf, bevor ich auf das humanistische Gymnasium in Leverkusen/Wiesdorf überwechselte.

Die Reifeprüfung absolvierte ich im Jahre 1972 auf dem Staatlichen-Gymnasium-Siegburg, das ich seit der Obertertia besucht hatte, nachdem meine Familie nach Lohmar umgezogen war.

Seit dem Wintersemester 1972/73 studierte ich an der Friedrich-Wilhelms-Unsiversität in Bonn Rechtswissenschaften und Romanistik.

Die Juristischen Staatsexamina bestand ich 1978 in Bonn und 1981 in Düsseldorf.

Seit 1982 bin ich als Rechtsanwalt beim Amts- und Landgericht Aachen zugelassen.

(Dieter Groß)